Die Unzulässigkeit der Minderung beim Tausch.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

vorgelegt von

Martin Bernstein
Referendar

Breslau
Verlag von M. u. H. Marcus
1911

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.
Correferent: Prof. Dr. Schott.

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0038

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. Vorbemerkung 1

Erstes Kapitel: Die geschichtliche Entwickelung.

I. Der Begriff des Tausches und die Frage der Minderung in Beziehung auf diesen Begriff.

a) Im römischen und gemeinen Recht.

§ 2. Der Schulenstreit 2
§ 3. Die Übereinstimmung in den von der Literatur aufgestellten Begriffsbestimmungen des Tausches 4
§ 4. Die hier vertretene Ansicht 5
§ 5. Die „gemischten Geschäfte“ 8
§ 6. Das Verhältnis der actio quanti minoris zum Tausch in den Quellen und in der Literatur 11
§ 7. Die hier vertretene Ansicht 13

b) Im älteren deutschen und im preußischen Recht.

§ 8. Das ältere deutsche Recht 15
§ 9. Der Begriff des Tausches und die „gemischten Geschäfte“ im Allgemeinen Landrecht 16
§ 10. Die Zulässigkeit der Minderung beim Tausch im Allgemeinen Landrecht 18

II. Die für die Minderung aufgestellten Berechnungen.

§ 11. Die Quellen 19
§ 12. Die von der Wissenschaft für den Kauf aufgestellten Berechnungsarten 20
§ 13. Insbesondere die „relative Berechnungsart“ in ihrer Anwendung auf den Tausch 23
§ 14. Der gegenüber diesen Berechnungen hier vertretene Standpunkt und der Nachweis ihrer Fehler 27

Zweites Kapitel: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Der Begriff des Tausches im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 15. Der Begriff des Tausches im Bürgerlichen Gesetzbuche und die von uns gegebene Begriffsbestimmung 30
§ 16. Die Abgrenzung des Tausches vom Doppelkauf in der Literatur 34
§ 17. Tausch und Doppelkauf in der Rechtsprechung 34
§ 18. Die „gemischten Geschäfte“ 37

II. Die Frage der Minderung in Beziehung auf diesen Begriff und die aufgestellten Berechnungen.

§ 19. Die „entsprechende Anwendung“ der Vorschriften des Kaufes auf den Tausch 38
§ 20. Insbesondere die Minderung 39
§ 21. Die Argumente der „mindernden Richtung“ 40
§ 22. Ihre Widerlegung 42
§ 23. Einschränkung des hier vertretenen Standpunktes 44
§ 24. Zwei weitere Argumente gegen die Zulässigkeit der Minderung . 44

§ 1.

Vorbemerkung.

„Über den Begriff des Tausches sind sich die Rechtsgelehrten noch gar nicht einig," lesen wir schon bei Glück[1]). Und was dort für das römische und gemeine Recht ausgesprochen ist, können wir auch für das Allgemeine Landrecht, ganz besonders aber für das Bürgerliche Gesetzbuch behaupten, welches im § 515 von dem „Tausch" schlechthin spricht, ohne auch nur mit einem Worte anzudeuten, was es sich darunter vorstellt.

So müssen wir, um eine feste Grundlage für die Lösung unserer Aufgabe zu bekommen, vorerst versuchen, eine präzise Begriffsbestimmung des Tausches zu gewinnen, um an dieser alsdann zu erkennen, ob beim Tausch die Minderung zulässig, ja ob sie überhaupt begrifflich möglich ist.

Gleich hier sei hervorgehoben, daß es für unsere Untersuchungen ohne jeden Belang ist, was für eine Art von Kontrakt die permutatio ursprünglich war, und wie sie sich schließlich, wenn auch nicht unbestritten[2]), zu einem Konsensualkontrakt ausgestaltete, kann doch von einer Minderung überhaupt erst die Rede sein, wenn auf Grund des Vertrages geleistet ist.

---

[1]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 1816, XVIII, 1 S. 112.

[2]) Vgl. Schmitthenner, Über Verträge, insbesondere das Reuerecht, nach römischen und deutschen Grundsätzen, 1831, S. 31 ff.

Erstes Kapitel.

I.

§ 2.

Der Schulenstreit.

a) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Diese Worte des Paulus[1]) besagen, daß der Ursprung des Kaufs im Tausch lag[2]). Und in der Tat ist es ein historisch unbestrittenes Faktum, daß der Güterumsatz in seinen ältesten Formen Tausch war. Denn die Naturalwirtschaft des durch Tauschen vermittelten Güterumlaufes ist eine Kulturepoche, die jedes Volk durchlaufen muß[3]). Ist der Tausch aber auch wirtschaftlich älter als der Kauf, so ist es doch wohl wieder andererseits unbestritten, dass eine rechtliche Ausbildung zuerst dieser erfahren hat.

Das jedenfalls können wir feststellen, dass zur Zeit des ädilitischen Edikts Kauf und Tausch schon ihre getrennten Wege gingen. Es ist daher die Ansicht Ubbelohdes[4]) zurückzuweisen, nach der der Unterschied zwischen Kauf und Tausch sich erst durch den Streit der Juristenschulen über das Wesen der permutatio, auf den bald einzugehen sein wird, herausgebildet haben soll[5]).

Im Gegenteil setzt dieser Streit voraus, dass Kauf und Tausch

---

[1]) D. 18, 1, 1 pr.

[2]) Vgl. auch v. der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte, 1840, S. 248.

[3]) Vgl. Leist, Manzipation und Eigentumstradition, 1855, S. 50.

[4]) Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben Spezies, 1870, S. 59/60.

[5]) Vgl. auch Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1876, S. 7.

zwei getrennte Rechtsinstitute sind und nahm davon seinen Ausgangspunkt, daß die Sabinianer sich bemühten, dem Tausch die Gleichstellung mit dem Kauf zu erringen[1]).

Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi[2]) . . . Also nach sabinianischer Ansicht war es kein Specificum des Kaufes, daß Ware gegen Geld gegeben wurde, nach sabinianischer Ansicht lag auch dort Kauf, und zwar, wie man annehmem muß, Doppelkauf, vor, wo Ware gegen Ware geleistet wurde.

Diversae scholae auctores contra sentiebant aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse: nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse rationem non pati[3]).

Die Prokulianer dagegen verneinen bei der Hingabe von Ware gegen Ware das Vorliegen von Kauf, indem sie geltend machen, daß bei einem Geben von Ware gegen Ware nicht erkennbar sei, was die Ware, was den Preis vorstellen solle; es könne daher ein solcher Vertrag nicht als emptio-venditio angesprochen werden, denn der Käufer trage andere Pflichten, als der Verkäufer, und es wäre demnach zweifelhaft, welche der beiden Arten von Verpflichtungen man einer jeden der Parteien, die einen Tausch abgeschlossen haben, würde zuteilen müssen, wenn man das Geschäft als Kauf behandeln wollte[4]). Vielmehr läge eine besondere Art von Kontrakt, eine permutatio, vor.

Sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit, cum . . . validioribus rationibus argumentatur[5]).

---

[1]) Vgl. Leonhard, Institutionen des römischen Rechts, 1894, S. 421.
[2]) Inst. III, 23, 2. vergl. auch Gai III, 141, D. 18, 1, 1, 1.
[3]) aaO.
[4]) Vgl. Leonhard, aaO. S. 422.
[5]) aa O.

Die Lehre der prokulianischen Schule überwog also, jedoch kann man nicht sagen, daß sie bald die herrschende wurde. Denn noch Paulus[1]) sagt: an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur und fährt dann fort: sed verior est Nervae et Proculi sententia. Also nur seiner Meinung nach richtiger ist die Theorie der Prokulianer. Erst Justinian hat dadurch, daß er sich der Schule des Labeo in diesem Punkte anschloß[2]), das Problem — wenn auch nur scheinbar — gelöst und die sententia Nervae et Proculi zur herrschenden gemacht. Und auch alle späteren Rechte und Kodifikationen haben, im Prinzip wenigstens, Kauf und Tausch von einander geschieden, was uns noch später beschäftigen wird.

§ 3.

Die Übereinstimmung in den von der Literatur aufgestellten Begriffsbestimmungen des Tausches.

Einigkeit scheint wenigstens darin zu herrschen, dass im römischen Recht und im gemeinen, welches für unsere Untersuchung vom römischen nicht unterschieden zu werden braucht, überall dort, wo merx gegen merx ausgewechselt wird, eine permutatio vorliegt. So definiert z. B. Brissonius[3]): permutatio est, quum res pro re, corpus pro corpore datur. Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio venditio est, sin autem rem do, ut rem accipiam non placet permutationem rerum emtionem esse. Ebenso kurz sagt Gans[4]): permutatio: Tausch einer spezifischen Sache gegen eine andere. Auch von der Pfordten[5]) stellt den Unterschied zwischen Kauf und Tausch dahin fest, dass bei dem Kaufe Ware gegen Preis, beim Tausch Ware gegen Ware gegeben wird. Ebenso

---

[1]) D. 18, 1, 1, 1.

[2]) Inst. III, 24, 2.

[3]) Barnabas Brissonius, de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione, 1741, Liber XI.

[4]) Gans, System des römischen Zivilrechts, 1827, S. 72.

[5]) aaO. S. 248.

J. A. Seuffert[1]), Mackeldey[2]), Keller[3]), Baron[4]), Wächter[5]), Windscheid-Kipp[6]), Dernburg[7]).

§ 4.
Die hier vertretene Ansicht.

In Wahrheit scheint jedoch der Tausch nach den Quellen anders fixiert werden zu müssen. Es genügt nicht ein Leisten von Ware gegen Ware, um einen Tausch anzunehmen. „Vor allem ist . . . zur Unterscheidung dieses Tauschkontrakts vom Kauf noch zu bemerken, daß jener beim geschehenen Austausch von Sachen um einander keineswegs immer notwendig mit allen seinen rechtlichen Folgen anzunehmen ist . . .“ (Sintenis)[8]).

So meinen denn einige im Anschluß an die Prokulianische Lehre, es sei für die permutatio wesentlich, daß nicht unterschieden werden könne, was Preis und was Ware, wer Käufer und wer Verkäufer sein solle: in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit[9]). So Vangerow[10]), Puchta[11]), Arndts[12]).

Zu Hilfe scheint dieser Auffassung folgendes Rescript des Kaisers Gordian[13]) zu kommen:

Si, cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nonine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem

---

[1]) J. A. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 2. Aufl. 1848, Bd. III, S. 171.

[2]) Mackeldey, Lehrb. d. röm. Rechts, 14. Ausg. besorgt von Fritz, Bd. I, 1862, S. 182, 183.

[3]) Keller, Pand. Vorlesungen, 2. Aufl. bes. v. Lewis, Bd. II, 1867, S. 117.

[4]) Baron, Pand. 2. Aufl. 1876, S. 452.

[5]) Wächter, Pand. II, 1881, S. 474, 475.

[6]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. II, 1906, S. 716.

[7]) Dernburg, Pand. 7. Aufl., Bd. II, 1903, S. 284/85.

[8]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. 1868, Bd. II, S. 601.

[9]) D. 19, 4, 1 pr., D. 18, 1; 1, 1.

[10]) Vangerow, Lehrb. d. Pand. 7. Aufl., Bd. III, 1869, S. 424.

[11]) Puchta, Pand. bes. v. Rudorff, 11. Aufl. 1872, S. 530.

[12]) Arndts, Lehrb. d. Pand., 13. Aufl. bes. v. Pfaff und Hofmann, 1886, S. 613.

[13]) Cod. IV, 64, 1.

dedit, idque quod comparavit non iniuria iudicis nec patris tui culpa evictum est, ad exemplum ex empto actionis non immerito id quod tua interest, si in patris iura successisti, consequi desideras. at enim si, cum venalis possessio non esset, permutatio facta est idque, quod ab adversario praestitum est, evictum est, quod datum est (si hoc elegeris) cum ratione restitui postulabis.

Es handelt sich hier um folgenden Fall: Jemand hat eine Sache feil (res venalis), und wir bieten ihm dafür eine andere Sache an, ohne daß ihr Wert taxiert wird (licet non taxata quantitate). Was für ein Geschäft liegt vor? Von vornherein ist natürlich die Ansicht abzuweisen, daß es sich hier um eine sogen. datio in solutum handelte, d. h. um den Fall, wo ursprünglich auf Geld gehandelt und nur späterhin infolge einer Übereinkunft eine Sache statt des Kaufgeldes gegeben wird[1]). Denn dann läge unzweifelhaft Kauf vor[2]).

Nach dem Wortlaut unserer Stelle ist ein reiner Kauf nicht anzunehmen. Denn das Rescript gewährt nur eine actio ad exemplum ex empto, also eine der Kaufklage analoge Klage, eine actio utilis. Einen Tauschvertrag weist sie völlig von sich, wie sich aus dem zweiten Satz ergibt. Auch daraus geht hervor, daß die Quellen weit davon entfernt sind, überall dort eine permutatio anzunehmen, wo Ware gegen Ware ausgetauscht wird. Fragen wir uns nun, warum die zit. Stelle den erwähnten Fall nur analog dem Kauf behandelt wissen will, so werden wir dafür zwei Deutungen angeben können. Derjenige, der eine Sache feil hält, könnte man sagen, hat sie dadurch zur Ware und sich zum Verkäufer gestempelt. Demnach ist in einem solchen Falle Ware und Preis, Verkäufer und Käufer zu unterscheiden. So Marezoll[3]), Unterholzner[4]), Leist[5]) u. a.

Es ist m. E. nicht zu verkennen, daß eine derartige Interpretation

[1]) Vgl. Marezoll, Beitr. zur Lehre vom Kauf- und Tauschkontrakte, in der Gießener Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. I, 1828, S. 463, 464.

[2]) Vgl. Cod. IV, 44, 9.

[3]) aaO.

[4]) Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. II,1840, S. 300.

[5]) Leist, Über die Natur gewisser doppelseitiger Verträge, in der zit. Gießner Zeitschr. Bd. 17, 1842, S. 361, 362.

an dem großen Fehler leidet, daß dem tatsächlichen Zufall, nämlich dem venalis esse, eine zu weitgehende rechtliche Bedeutung beigemessen wird. Auch könnte man leicht versucht sein, dem Willen der Parteien einen zu großen Spielraum zu lassen. Keineswegs kann man Windscheids[1]) Ausführungen folgen: „Wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundsätze vom Kaufvertrage Anwendung[2]).“

So müssen wir versuchen, auf andere Weise der Schwierigkeit Herr zu werden. Und da scheint in einem negativen Tatbestandsmerkmal des Rescripts der Schlüssel zur Lösung zu liegen. Non taxata quantitate heißt es. Wäre also die angebotene Gegenleistung abgeschätzt gewesen, d. h., da schon die eine Sache venalis, also abgeschätzt, war, wären beide Leistungen taxiert worden, so hätte eine reine emptio venditio vorgelegen. Wie bringen wir aber den zweiten Satz der Stelle: at enim, cum venalis possessio non esset, permutatio, facta est . . . mit diesen Ausführungen in Einklang? Sollen wir wirklich glauben, dass das juristisch so fein ausgebildete römische Recht lediglich einen Zufall entscheiden ließ, was für ein Rechtsgeschäft vorlag? Nehmen wir an, der Ausdruck venalis sei nur in des Wortes engster Bedeutung „zum Verkaufe bereit“ zu interpretieren, so wäre diese Frage zu bejahen. Aber ich bin der Ansicht, dass man ohne jeden Zwang aus venalis sinngemäß die Bedeutung „abgeschätzt“ herauslesen kann. Denn wer eine Sache zu verkaufen hat, hat sie in der Regel — und nur aus den Regelfällen läßt sich das allgemeine Prinzip abstrahieren — vorher abgeschätzt. Und dann kommen wir dazu, den Tausch für das römische und gemeine Recht aus den Quellen zu definieren:

> Tausch liegt vor, wenn die Kontrahenten Sache gegen Sache hingeben, ohne die Objekte zum Zweck des wirtschaftlichen Ausgleiches ausdrücklich zahlenmäßig abzuschätzen[3]).

[1]) aaO. S. 629, 630.

[2]) Gegen Windscheid auch Kipp, ebenda.

[3]) Zu dieser Definition gelangt auch Treitschke — freilich auf anderem Wege —: Wenn von zwei Kontrahenten jeder dem anderen eine Sache eigen-

Dieses Resultat ist mit der Natur des Tausches sehr verträglich, liegt es doch gerade in seinem Wesen, daß sich die Parteien über die Werte der vertauschten Sachen im Augenblick des Tauschens meist gar nicht klar sind. Sind dagegen die Leistungen abgeschätzt, so ist ein solches Geschäft m. E. als Doppelkauf mit kompensierten Kaufpreisen anzusprechen[1]), also als ein Geschäft, das im Handelsverkehr den Namen eines uneigentlichen Barattogeschäfts führt. Man versteht eben darunter „jenes Geschäft, bei welchem von beiden Kontrahenten Waren hingegeben werden, aber die Leistung jeden Teils zu Geld angeschlagen und festgesetzt wird, so daß entweder die Preise sich gleichstehen und durch Kompensation aufheben, oder der eine Teil dem andern zur Ausgleichung noch eine Zahlung macht oder verspricht. Allein dies uneigentliche Barattogeschäft ist kein Tausch, sondern es liegen zwei Kaufverträge vor, bei welchen die Kompensation der Kaufpreise bis zum entsprechenden Betrage sogleich anfangs verabredet wurde[2])."

§ 5.

Die „gemischten Geschäfte".

Um in unserer Begriffsbestimmung des Tausches vollständig zu sein, müssen wir noch der Geschäfte gedenken, die häufig als „gemischte" bezeichnet werden[3]). Wie ist die Rechtslage, wenn von der einen Seite eine Sache, von der anderen eine Sache und Geld gegeben wird? Glück[4]) sagt, man müsse im Zweifel unterscheiden, was überwiegend sei, ob das Geld oder die Sache. Im ersteren Falle läge Kauf, sonst Tausch vor. Ebenso Holzschuher[5]),

tümlich überläßt, ohne daß eine davon zu einem bestimmten Preise in Geld angeschlagen wird, so ist dies ein eigentlicher Tauschhandel. Vgl. Treitschke, Der Kaufkontrakt, 2. Aufl. bearb. von Wengler, 1865, S. 391.

[1]) Vgl. Treitschke, aaO. S. 50.

[2]) Entscheidungen des ROHG. Bd. V, S. 419, Urteil vom 26. April 1872; vgl. auch Gareis, Das Kaufgeschäft, in Endemanns Handb. d. dtsch. Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II, 1882, S. 545.

[3]) So z. B. Treitschke, aaO. S. 398.

[4]) aaO. XVI, 1, 1814, S. 68.

[5]) Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, bes. v. Kuntze, Bd. III, 1864, S. 956.

Bechmann[1]). Auch Hufeland[2]) scheint dieser Ansicht zu sein, wenn er ausführt, der Tausch lasse kein Geld als „hauptsächlichste" Gegengabe zu; ebenso Wächter[3]). scheinbar auch Windscheid-Kipp[4]) und Baron[5]). Zum Beweise berufen sie sich auf D. 18, 1, 79; 19, 1, 6, 1 und 2; 19, 1, 21, 4. Sehr mit Recht wendet dagegen Treitschke[6]) ein, alle diese Stellen besagten bloß so viel, daß das Wesen des Kaufkontrakts nicht durch Verabredungen geändert werde, welche dahin gingen, daß der Käufer dem Verkäufer außer dem bedungenen Kaufpreise auch noch andere Vorteile gewähre, nämlich in D. 18, 1 79, daß er von ihm ein Grundstück für einen gewissen Zins pachte, in D. 19, 1, 6, daß er ihm sein Haus ausbessere, in D. 19, 1, 21, daß er ihm das verkaufte Grundstück für einen gewissen Zins verpachte. Also für die gemischten Geschäfte kommen diese Stellen, da in ihnen von vornherein Kaufverträge, zu denen pacta adjecta hinzutreten, verabredet sind, nicht in Betracht, soweit sind Treitschkes Ausführungen richtig. Nun kommt er aber zu einem recht merkwürdigen Schluß: er meint, es bestehe die Gegengabe offenbar nicht in barem Gelde, wenn sie nicht ganz darin bestehe, es läge also im Falle der gemischten Geschäfte Tausch vor. — Nun ist es zwar unbestritten dem Begriffe des Kaufes wesentlich, daß die Gegenleistung in Geld bestehe, ebenso unbestritten aber tut es diesem Begriff keinen Eintrag, daß der Geldleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird[7]). — Soviel zu Treitschke.

Unsere Stellung zu den gemischten Geschäften ergibt sich zum Teil schon aus dem, was wir als Definition des Tausches aufgestellt haben. U. E. haben in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle, im Zweifel kann man sagen, dort, wo zur Sachleistung Geld oder zur Geldleistung eine Sache hinzugefügt wird, durch diese „Draufgabe" die Parteien ihre Leistungen abgeschätzt, es kann

---

[1]) Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, 1. Abt. 1884, S. 147/48.

[2]) Hufeland, Lehrb. des in den dtsch. Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Zivilrechts, 1808, Bd. I, S. 232.

[3]) aaO. S. 474.

[4]) aaO. S. 629.

[5]) aaO. S. 441.

[6]) aaO. S. 398, 399.

[7]) Vgl. Windscheid-Kipp, aaO. S. 629.

also von einem Tausch keine Rede sein, es liegt vielmehr ein doppelter Kaufvertrag vor. Dasselbe ergibt sich auch aus einer anderen Eigentümlichkeit des Tausches. Nur dann nämlich liegt doch ein solcher vor, wenn die unmittelbare Leistung eines jeden Vertragsschließenden in der Verschaffung eines individuellen Gegenstandes wurzelt. Besteht die Leistung jedoch zum Teil in Geld, so fehlt ein solcher direkter Ausgleich der gegenseitigen Sachleistungen, ein Tausch kann also nicht als vorliegend erachtet werden.

Bevor wir aber unsere Betrachtungen über diesen Punkt abschließen, müssen wir noch auf ein Argument kurz eingehen, das in neuerer Zeit aufgestellt ist und uns entgegengehalten werden könnte. Wir lesen bei Lucas[1]): „Allerdings setzt die Draufgabe eine Einigung der Parteien über den Tauschwert der beiderseitigen Leistungen voraus. Aber selbst wenn beide Leistungen in Geld veranschlagt sind, ist damit doch nicht gesagt, dass der Veräußerer die in Geld veranschlagte und durch das Aufgeld äquivalent gemachte Leistung auch als bloßes Geldäquivalent wolle. Vielmehr ist gerade bei solchen Geschäften häufig beiderseits die Absicht auf Erlangung der gegeneinander umzusetzenden Sachwerte gerichtet.“ Der Mangel dieser Beweisführung liegt u. E. darin, daß sie über die Frage, ob Kauf oder Tausch vorhanden sei, lediglich die Absicht der Parteien entscheiden lassen will und dem Falle ratlos gegenüber stehen muß, wo die Sachen und das Geld, das die eine Partei leistet, gleichwertig sind. Wie man in einem solchen Falle Haupt- und Nebenleistung unterscheiden kann, was Lucas[2]) will, ist mir rätselhaft, und den Ausweg, den Lucas[3]) als ultima ratio vorschlägt, einen solchen Vertrag als einen besonderen Innominatkontrakt do ut des anzusehen, heißt m. E. der Schwierigkeit aus dem Wege gehen.

So kommen wir denn auch auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß der objektive Maßstab, den wir an den Tausch legen, dem Wesen dieses Vertrages und der Sicherheit des Verkehrs am meisten entspricht.

---

[1]) Lucas, Über den Tausch, Freiburger Diss. 1899, S. 53.
[2]) aaO. S. 54 Anm. 7.
[3]) aaO.

§ 6.

Das Verhältnis der actio quanti minoris zum Tausch in den Quellen und in der Literatur.

Wie ist nun das Verhältnis der actio quanti minoris zu diesem eben gewonnenen Begriff des römisch- und gemeinrechtlichen Tausches? Die Literatur vertritt fast durchweg den Standpunkt, daß beim Tausche jeder das zu praestieren habe, was beim Kaufe Sache des venditor ist, und man die Grundsätze des ädilitischen Rechts beim Tausch ebenso wie beim Kauf anerkennen müsse. So Schoemann[1]), Glück[2]), Thibaut[3]), Unterholzner[4]), Holzschuher[5]), Bähr[6]), J. A. Seuffert[7]), Treitschke[8]), Sintenis[9]), Brinz[10]), Baron[11]), Wächter[12]), Bechmann[13]), Windscheid-Kipp[14]).

Zum Beweise werden angeführt D. 19, 4, 2; 42, 4, 15; Cod. 4, 64, 2 und D. 21, 1, 19, 5. Aus den erstgenannten drei Stellen läßt sich m. E. für die Anwendbarkeit speziell der actio quanti minoris auf den Tausch nichts schließen. Denn daß permutatio vicina est emptioni oder is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est, kann und soll gar nicht bestritten werden. Man kann daraus höchstens die Folgerung ziehen, daß die Vorschriften des Kaufes auf den Tausch analoge Anwendung finden, d. h. soweit es dem Wesen des Tauschvertrages entspricht; so sagt Mackeldey[15]), der Tauschkontrakt grenze sehr nahe an den Kauf-

[1]) Schoemann, Lehre vom Schadenersatze, 1806, 1. Teil S. 202.

[2]) aaO. XVIII, 1 S. 127 und XX, 1 S. 39 40.

[3]) Thibaut, System des Pandektenrechts, 5. Ausg. 1818, Bd. I, S. 147.

[4]) aaO. S. 302.

[5]) aaO. S. 855.

[6]) Bähr, Über die Berechnung des Minderwerts bei Mängeln ertauschter Sachen, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. VII, 1860, S. 70. Derselbe, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883, S. 34.

[7]) aaO. S. 171.

[8]) aaO. S. 394.

[9]) aaO. S. 600 Anm. 5.

[10]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. 1882, Bd. II, 2 S. 730.

[11]) aaO. S. 452.

[12]) Wächter, aaO. S. 475.

[13]) aaO. II, 1 S. 178.

[14]) aaO. S. 716.

[15]) aaO. S. 182, 183.

kontrakt, und es gelten bei demselben abgesehen von . . . der Verschiedenheit, die sich aus dem Begriff des Tausches ergibt, dieselben Grundsätze wie beim Kaufkontrakte; ähnlich Arndts[1]).

Nun aber führen die Juristen noch folgenden Ausspruch Ulpians[2]) an: deinde aiunt aediles: „emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus“ . . . emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri.

Bei einer anderen Gelegenheit sagt doch aber derselbe Ulpian[3]): sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere . . .! Scheinen sich nicht diese Stellen zu widersprechen, eine Beobachtung, die wir bei Ulpian oft machen können[4])?

Freilich wird häufig die Ansicht verfochten, bei letzterer Stelle habe der Jurist nur die locatio-conductio im Auge und wolle nur aussprechen, daß auf diese das ädilitische Edikt keine Anwendung finde; so Glück[5]) und Bechmann[6]). Es mag nicht bestritten werden, daß eine solche Lösung nach der Fassung der Stelle, die fortfährt: cur autem de locationibus, nihil edicatur, mirum videbatur nicht unmöglich scheint, zwingend jedenfalls ist sie nicht. — Einen anderen Weg schlägt Dankwardt[7]) ein. Daß der Satz sciendum est ad venditiones solas edictum pertinere absolut zu verstehen ist, setzt er als zweifellos voraus. Zu D. 21, 1, 19, 5 führt er aus: „Aediles pollicentur emptori actionem, sagt Ulpian, aber, fügt er hinzu, man muß den Tausch auffassen als zwei Käufe mit kompensierten Preisen; jeder Kontrahent ist rücksichtlich dessen, was er weggibt, Verkäufer, rücksichtlich dessen,

[1]) aaO. S. 613.

[2]) D. 21, 1, 19, 5.

[3]) D. 21, 1, 63.

[4]) Vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller, in den Sitzungsberichten der kgl. preuß. Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1885, S. 454 —, und die auch Jörs (Domitius Ulpianus in Pauly-Wissowa Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, 1903, S. 1458) in seinem Versuche einer Ehrenrettung Ulpians nicht ableugnen kann.

[5]) aaO. XX, 1 S. 41.

[6]) aaO. II, 2 S. 184, Anm. 1.

[7]) Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, 4. Heft, 1859, S. 33.

was er empfängt, Käufer, und daraus folgt die Anwendung des ädilitischen Edikts auf den Tausch . . . Ulpian hilft sich also durch eine reine Fiktion: denn es ist durchaus falsch, den Tausch als zwei Käufe mit kompensierten Preisen aufzufassen[1]).“

M. E. ist Dankwardt wohl beizustimmen. Die Auffassung, daß Ulpian einen Doppelkauf nur fingiere, wird noch durch seine eigenen Worte unterstützt: is qui rem permutatum accepit, emptori similis est[2]). Das aber sei zugestanden, daß man der Dankwardtschen Ansicht auch begründet entgegentreten kann. Wie kommt Ulpian dazu, könnte jemand einwenden, wenn ein Tausch vorliegt, einen Kauf zu fingieren, wo doch die Ansicht überwog, daß Tausch und Kauf zwei getrennte Institute seien? Oder neigt etwa Ulpian noch mehr zur altsabinianischen Theorie? Letzteres glaube ich verneinen zu dürfen, da doch die Sabinianer sagten, jeder Tausch sei ein Kauf, nicht haberi.

Wie dem nun auch sei, das eine dürfen wir, glaube ich, feststellen, dass es nicht ganz unbedenklich ist, aus der angezogenen Stelle mit absoluter Sicherheit zu schließen, ob das römische und gemeine Recht die actio quanti minoris beim Tausch zuließen.

§ 7.

Die hier vertretene Ansicht.

Im folgenden soll versucht werden, unsere Stellungnahme zur Frage der Zulässigkeit der actio quanti minoris beim Tausch zu kennzeichnen.

Über das Wesen dieser actio geben uns Aufschluß D. 21, 1, 38 pr. und § 13; D. 25, 1, 44, 2; D. 21, 1, 61; D. 21, 2, 32, 1; und D. 19, 1, 13 pr. Zwar finden sich innerhalb dieser Stellen Widersprüche über den Maßstab, den man an die Berechnung zu legen hat; dies wird uns jedoch erst weiter unten beschäftigen. Das aber lehren sie ohne Zweifel, daß die actio quanti minoris auf Minderung des Kaufpreises geht. Demnach werden die Ausführungen des Obertribunals zu Stuttgart[3]) dem Wesen dieser

[1]) Dankwardt, aaO.

[2]) D. 42, 4, 15.

[3]) In Seuff. Arch. f. Entsch. d. obersten Gerichte Bd. XXII, Nr. 29; Entsch. v. 4. XII. 1867.

Klage entschieden nicht gerecht: „Der dem Käufer zustehende Anspruch auf Preisminderung ist nichts anderes als ein Anspruch auf das Interesse; die verhältnismäßige Minderung des Kaufpreises ist nur ein Mittel, um das Interesse des Käufers, daß die ihm gelieferte Ware mit Mängeln behaftet war, auszugleichen.“ Auch nicht einen Grund gibt das Erkenntnis für seine Behauptungen an, und es wäre ihm wohl auch schwer gefallen, einen Beleg, sei es in den Quellen, sei es in der Literatur, dafür zu finden [1]). Man ist sich hier darüber einig, die a. quanti minoris als einen Anspruch aufzufassen, der lediglich auf Minderung des Kaufpreises geht. So z. B. Bechmann [2]), Hanausek [3]), Dernburg [4]), Windscheid-Kipp [5]).

Wie aber soll bei einem Tauschvertrage eine Minderung des Preises stattfinden, wo doch bei diesem Vertrage von einem Preise gar nicht die Rede ist, vielmehr Ware gegen Ware gegeben wird! Diese Unmöglichkeit hat klar Dernburg [6]) erkannt, indem er — in der 7. Aufl., nicht dagegen schon in der ersten — sagt: „Beide Teile haben beim Tausch die Rechte und Pflichten von Verkäufern. Dies gilt namentlich für . . . Mängel. Da aber beim Tausch ein „Preis“ nicht besteht, kann auf „Preisminderung“ nicht geklagt werden.

Wir haben somit gezeigt, wie eine Minderung mit dem Begriffe des Tausches unserer Ansicht nach unvereinbar ist. Man kann aber heute nicht leugnen, daß die Praxis des gemeinen

[1]) Hierbei soll natürlich nicht geleugnet werden, daß in dem Begehren der Minderung auch die Geltendmachung eines gewissen Interesses liegt: es hat nämlich derjenige, der zu mindern wünscht, das Interesse zu mindern, also das gerade am Minderungsbegehren typische Interesse. Dagegen bedeutet die a. quanti minoris nicht den Anspruch auf Ersatz des Interesses im juristischen Sinne — also Interesse gleich Schaden —, wie das Obertribunal Stuttgart in der zit. Entscheidung meint. Man muß eben das Interesse an einem bestimmten Anspruch und den Anspruch auf das Interesse scharf auseinanderhalten.

[2]) aaO. II, 2 S. 160.

[3]) Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht, 1883, 1. Abt. S. 31.

[4]) aaO. S. 281.

[5]) aaO. S. 888.

[6]) aaO. S. 285, vgl. auch 1. Aufl. 1885, S. 272.

Rechts — für das römische haben wir keine Belege — die Minderung beim Tausch für zulässig erklärt und Berechnungen dafür aufgestellt hat. Auffallen muß es allerdings, daß, soweit wir uns überzeugen konnten, der Praxis stets nur Fälle der sogen. gemischten Geschäfte vorlagen, Fälle, die wir nach unseren Ausführungen nicht für Tausch halten. Jedoch muß für uns ausschlaggebend sein, daß man bei Geschäften, die man, ob mit Recht oder Unrecht sei dahingestellt, als Tausch bezeichnete, eine Minderung vornahm. Man hat sich eben zur Rechtfertigung auf D. 21,1, 19,5 berufen, ein Argument, gegen das wir unsere Bedenken vorgebracht haben.

So müssen wir denn auf die angestellten Berechnungen näher eingehen, und wir werden auch an ihnen das zu zeigen versuchen, was wir oben rein theoretisch entwickelt haben, nämlich den sachlogischen Fehler einer Ausdehnung der Minderung auf den Tausch.

Um jedoch Wiederholungen zu vermeiden, wollen wir uns mit den Berechnungen erst am Ende des folgenden Teils beschäftigen, da sowohl die gemeinrechtliche wie die preußische Praxis darin die gleichen Wege gingen.

§ 8.

Das ältere deutsche Recht.

b) Im älteren deutschen Recht läßt sich eine der Minderungsklage ähnliche nicht finden [1]), wie überhaupt das deutsche Recht in seinen Regeln über die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ganz andere Wege ging wie das römische und gemeine Recht. Denn nach altdeutschem Recht haftete der Verkäufer für Mängel der von ihm dem Käufer gelieferten Sache nur, wenn er Eigenschaften besonders zugesagt oder böslich verschwiegen hatte, galt doch der Satz: „Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf“ [2]). Haftete er aber, so meist nur mittelbar, insofern, als er bei Rücktritt des Käufers den empfangenen Preis zurückzahlen mußte [3]).

---

[1]) Vgl. Förster-Eccius, Pr. Pr. R., 6. Aufl., Bd. I, 1892, S. 494; Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1908, S. 528.

[2]) Vgl. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl., 1895, bearb. von Cosack, S. 347.

[3]) v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. I, 1882, S. 565.

Er konnte also höchstens mit einer Klage in Anspruch genommen werden, die der Wandelungsklage am nächsten kommt.

Gab es so keine Minderung beim Kauf, so noch viel weniger beim Tausch. „Wegen Fehlerhaftigkeit des vertauschten Gutes haftet der Vertauscher nur mittelbar, sofern er nämlich der Gefahr des Rücktritts seines Kontrahenten ausgesetzt ist. Demgemäß bedarf es des Einvernehmens beider Kontrahenten, wenn wegen Minderwertigkeit des einen Tauschguts seinem Empfänger hinterdrein Aufbesserung gewährt werden soll“ [1]).

Demnach haben wir uns für die hier zu behandelnde Frage mit dem früheren deutschen Recht nicht zu beschäftigen.

§ 9.

Der Begriff des Tausches und die „gemischten“ Geschäfte im Allgemeinen Landrecht.

Nach § 363 ALR. I. 11 ist der Tausch ein Vertrag, wodurch ein Kontrahent gegen den anderen zur Abtretung des Eigentums einer Sache gegen Überlassung einer andern sich verpflichtet. Also für das preußische Recht ist die Hingabe von Sache gegen Sache ebenfalls die eine typische Voraussetzung für den Tausch, zu der auch hier wieder u. E. das negative Merkmal hinzukommen muß, nämlich das non taxata quantitate des römischen und gemeinen Rechts. Denn es liegt nun einmal in der Natur des Tausches, daß sich die Tauschenden der getauschten Werte nicht bewußt sind. Haben sie aber die Tauschobjekte abgeschätzt, so „haben sie in den Tausch ein ihm fremdes Element hineingetragen, sie haben den meist keinen streng geschäftlichen Charakter habenden Tausch zum Kauf gemacht“ [2]).

Wie sich das Allgemeine Landrecht zu den Geschäften stellt, die wir oben als „gemischte“ bezeichnet haben, d. h. bei denen die Leistung oder die Gegenleistung aus Sachen und barem Gelde gemischt ist, geht aus dem Gesetz selbst nicht unmittelbar hervor. Koch [3]) meint, es müsse ein solches Geschäft als Tausch

[1]) Vgl. v. Amira, aaO. S. 590.

[2]) Vgl. Dernburg, aaO. S. 284.

[3]) Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Komm., 8. Aufl., 1884, Bd. I, S. 813.

behandelt werden. Irgend eine Begründung gibt er nicht. Daß wir anderer Ansicht sind, erhellt aus dem, was wir oben für das römische und gemeine Recht ausgeführt haben. Darin, daß einer der Kontrahenten zur Sachleistung noch Geld „draufgibt", zeigt sich einerseits, daß die Parteien die Tauschwerte abgeschätzt haben, andererseits, daß es an der dem Tausch eigentümlichen unmittelbaren Verschaffung eines individuellen Gegenstandes fehlt; denn auch im ALR. unterscheidet sich eben der Tausch vom Kauf darin, daß „nicht wie beim Kauf der Gegenwert einer Ware an sich, sondern der Gegenwert in einer mit Rücksicht auf das individuelle Bedürfnis ausgewählten Sachform erstrebt wird" [1]). Wir können daher ein derartiges Geschäft nicht mehr als Tausch ansprechen. Selbst wenn es die Parteien als Tausch bezeichnen, so ist dies doch rechtlich ohne Belang. „Die in dieser Richtung vorzunehmende Prüfung darf kein Gewicht darauf legen, daß nach dem Ausdruck der Vertragsurkunde von den Kontrahenten der Abschluß eines Tauschvertrages beabsichtigt ist. Es kommt darauf an, wie sich objektiv nach Maßgabe der Vertragsinstrumente das Geschäft darstellt" [2]).

Folgender Fall lag bei dieser Entscheidung dem Reichsgericht vor. Die Parteien verpflichteten sich in einem Vertrage, den sie als „Tauschvertrag" bezeichneten, zwei Grundstücke gegen einander „auszutauschen." Den Wert der Grundstücke haben sie angegeben und vereinbart, daß die auf den Häusern lastenden Hypotheken gegenseitig übernommen werden sollen. Endlich findet sich noch die Bestimmung, daß von dem Erwerber des minderbelasteten Grundstücks eine gewisse Summe zum Ausgleich zu zahlen sei. Wir haben es also hier wieder mit einem „gemischten Geschäft" zu tun, welches das Reichsgericht, ebenso wie wir, nicht als Tausch, sondern als Doppelkauf auslegt. „Nur dann, wenn der Inhalt der Beurkundung erkennen läßt, daß die unmittelbare Leistung eines jeden Vertragsschließenden in der Verschaffung eines individuellen Gegenstandes besteht, liegt ein Tauschvertrag vor. Daran mangelt es bei dem zur Beurteilung stehenden Falle. Denn die Beträge, welche als Tauschwerte für

[1]) Dernburg, Lehrb. d. preuß. Priv. R., 5. Aufl., 1897, Bd. II, S. 418.
[2]) Vgl. ERG. i. Z. Bd. 50, S. 286/87, Urteil vom 26. 11. 1901.

die ausgetauschten Grundstücke angegeben sind, sollen nach dem Vertragsinhalt gedeckt werden durch Übernahme der auf den Immobilien ruhenden Hypotheken und durch Zahlung einer Summe, welche dem Erwerber des minderbelasteten Grundstücks obliegt. Bei diesem Mangel eines direkten Ausgleichs der gegen einander stehenden Sachleistungen läßt der Kontrakt, wie er dokumentiert worden, die Kriterien eines Tauschgeschäfts nach dessen gesetzlicher Umschreibung in dem hier anzuwendenden § 363 ALR. I. 11 vermissen. Vielmehr müssen . . . . zwei Kaufgeschäfte . . . . als vorliegend angenommen werden“ [1]).

§ 10.

Die Zulässigkeit der Minderung beim Tausch im Allgemeinen Landrecht.

Die Frage der Zulässigkeit der Minderung beim Tausch im ALR. läßt sich sehr kurz lösen. § 370 ALR. I. 11 besagt: „Ist einem der Kontrahenten nur ein Teil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden, so müssen beide vertauschte Sachen abgeschätzt und sodann der Wert des entzogenen Teils verhältnismäßig bestimmt werden.“ Es findet sich also im ALR. bei teilweiser Entwerung ein Anspruch, der denselben Inhalt hat, wie die Minderungsklage beim Kauf — § 328 ALR. I. 5: „Kann oder will er dieses nicht, so hat es beim Kontrakte sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger wert ist“ —, und der in der Literatur bisweilen ebenfalls mit actio quanti minoris angesprochen wird [2]). Und da einerseits das ALR. in I. 11. 361. bestimmt, daß bei dem Tausche ein jeder Kontrahent in Ansehung der Sache, die er gibt, als Verkäufer, und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten sei, da es andererseits schon gesetzlich beim Tausche einen Minderungsanspruch — für teil-

[1]) Vgl. die ähnlich gehaltenen Entscheidungen des Reichsgerichts vom 30. XI. 1896 in JW. 1897, S. 69 und vom 11. VI. 01, ebenda 1901, S. 543.

[2]) Vgl. Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte, 1843, Bd. III, S. 692.

weise Eviction — fixiert, so läßt sich ohne Zweifel daraus schließen, daß es beim Tausche auch die Minderungsklage im römisch-gemeinrechtlichen und heutigen Sinne zuläßt. Daß sich hiergegen dieselben Bedenken geltend machen lassen, die wir schon oben aussprachen, ist selbstverständlich und soll noch an der Hand der nunmehr folgenden Berechnungen dargetan werden.

II.

§ 11.

Die Quellen.

Wie schon ausgeführt, geben uns über die Natur der Minderungsklage Aufschluß nur D. 21, I, 38 pr. und § 13; D. 44, 2, 25, 1; D. 21, 1, 61; D. 21, 2, 31, 1 und D. 19, 1, 13 pr. Wiederholt hat man sich bemüht, aus diesen Stellen Berechnungsarten für die Minderung beim Kauf aufzustellen [1]), konnte jedoch naturgemäß zu keinem sicheren Resultat kommen, da die Quellen selbst sich zu widersprechen scheinen. Bald heißt es dort quo minoris cum venirent fuerint (D. 21, 1, 38 pr.) oder quanti minoris homo cum veniret fuerit (D. 44, 2, 25, 1), bald quanti minoris essem empturus (D. 19, 1, 13 pr.) oder quanti minoris emisset emptor, si sciisset (D. 21, 1, 61 und D. 21, 2, 32, 1). Die Quellen enthalten, um mit Brinz [2]) zu sprechen, „nur das Problem, nicht die Lösung, keinen Maßstab.“ Ebensowenig läßt sich aus den Bestimmungen des ALR. auf eine bestimmte Methode schließen. Nach § 328 ALR. I, 5 kann der Empfänger von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger wert ist, und nach § 206 ALR. I. 11 muß die dem Käufer zu leistende Vergütung nach dem Gutachten vereideter Sachverständiger bestimmt werden, beides Vorschriften, auf die Förster-Eccius [3]) mit Recht das oben [4]) zitierte Brinzsche Wort anwendet.

[1]) Vgl. z. B. Zaun, Beitr. zur Lehre von den ädilitischen Klagen in den Annalen der Justizpflege u. Verwaltung in Kur-Hessen, Bd. IV, 1857, S. 95—99.

[2]) aaO. S. 494.

[3]) aaO. S. 504, Anm. 40.

[4]) Vgl. oben S. 35.

Soviel ist sicher, daß mit der actio quanti minoris der Kaufpreis herabgesetzt werden soll, um das Wieviel aber herrscht Streit.

§ 12.

Die von der Wissenschaft für den Kauf aufgestellten Berechnungsarten.

Drei verschiedene Berechnungsmethoden sind von den Juristen aufgestellt und von der Rechtsprechung zur Anwendung gebracht worden. Der Kaufpreis soll nämlich herabgemindert werden:

I. um die Differenz zwischen dem objektiven Wert der fehlerhaften und dem objektiven Wert der fehlerlosen Sache oder

II. um die Differenz zwischen dem objektiven Wert der fehlerhaften Sache nnd dem Kaufpreise, oder

III. um die Differenz zwischen dem Kaufpreise und derjenigen Summe, welche zu dem Kaufpreise in dem Verhältnis steht, wie der Wert der fehlerhaften Sache zum Wert der fehlerlosen.

Alle diese drei Methoden führen offenbar zu dem gleichen gerechten Ergebnis, wenn der Kaufpreis mit dem objektiven Wert der als fehlerlos gedachten Sache übereinstimmt. Dagegen ergeben sich sofort große Abweichungen, wenn dies nicht der Fall ist. Naturgemäß kann und darf es, wo wir vom Tausch zu handeln haben, nicht unsere Aufgabe sein, alles Für und Wider zu erörtern, das in Literatur und Rechtsprechung gegenüber den angegebenen Berechnungsarten geltend gemacht worden ist. Da man aber dieselben Methoden beim Tausche angewendet hat, so soll doch in aller Kürze gezeigt werden, welche dieser Arten man schon beim Kaufe für unanwendbar erklärt hat.

Nach der Methode I soll sich der Kaufpreis vermindern um die Differenz zwischen dem objektiven Wert der fehlerhaften und dem objektivem Wert der fehlerlosen Sache. Diese Theorie wird vertreten von Kraushaar[1]) und v. Dewitz[2]). Bezeichnen wir nun diesen Minderwert, der dem Käufer zu erstatten wäre, mit x, und

[1]) Kraushaar, Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris in den zit. kurhessischen Annalen, Bd. 9, 1862, S. 73ff.

[2]) v. Dewitz, Über die Berechnung des Minderwerts bei der actio quanti minoris, Marburger Diss. 1890, S. 28ff.

nehmen wir an, daß x sich mit dem Kaufpreis decke oder ihn gar übersteige, so würde nach dieser Methode der Käufer zwar die Sache behalten, aber außerdem den ganzen Kaufpreis zurückerstattet oder gar noch etwas zugezahlt bekommen, ein sicher unsinniges Resultat. Allerdings muß v. Dewitz[1]) das zugegeben werden, daß die Absicht der Aedilen wohl nur die gewesen sein kann, den Käufer vor positiven Vermögensnachteilen zu schützen, und daß, wenn der Käufer keinen positiven Schaden erlitten hat, die actio quanti minoris ausgeschlossen bleibe. Doch sind dies nur Vermutungen, die zwar manches für sich haben, sich jedoch durch nichts beweisen lassen. Dazu kommt, daß uns mit einer Rechnungsmethode, die in gewissen Fällen versagen kann und muß, nicht gedient ist.

Nach der Methode II soll sich x ergeben aus der Differenz zwischen dem objektiven Wert der fehlerhaften Sache und dem Kaufpreise. Verfochten wird sie von Unterholzner[2]), Brinz[3]), Fein[4]), Treitschke[5]) und dem preußischen Obertribunal[6]).

Bezeichnen wir den bei der Abschätzung gefundenen Wert mit w und den Kaufpreis mit p, so würde der Käufer, wenn w = p wäre, gar nichts ersetzt erhalten, wäre aber w, was doch nicht ausgeschlossen ist, größer als p, so müßte der Käufer dem Verkäufer sogar noch etwas herauszahlen. Auch diese Berechnungsart führt also zu unbefriedigenden Ergebnissen und widerspricht völlig dem Billigkeitsgefühl, das gerade die Anhänger dieser Theorie durch ihre Methode besonders zu wahren glauben. Man verläßt nämlich mit dieser Rechnungsweise die Basis des von den Parteien vereinbarten Preises[7]). Seine Feststellung erfolgt doch, wie das OAG. Rostock[8]) zutreffend ausführt, bei dem Kaufkontrakt an sich ganz unabhängig von dem in vielen Fällen gar nicht einmal zu

[1]) aaO. S. 30/31.

[2]) aaO. S. 278.

[3]) aaO. S. 493, 494.

[4]) Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, 1850, S. 17–19.

[5]) aaO. S. 357, 358.

[6]) In Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 82, S. 38 ff, Urteil vom 2. Mai 1871, und Entsch. d. königl. Ob. Tr. Bd. 69, S. 53.

[7]) Vgl. Dernburg, Pr. Pr. R. aaO. S. 383, Anm. 27.

[8]) Seuff. Arch. Bd. 17, Nr. 128; Urteil vom 27. X. 1856.

ermittelnden absoluten Werte des Kaufobjekts durch Vereinbarung der Kontrahenten in der Weise, daß, von den besonderen Fällen unerlaubter Übervorteilung abgesehen, jeder dabei den möglichst größten Gewinn für sich zu erzielen suchen darf. Die besprochene Rechnungsart aber „hieße den Parteien gestatten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Preisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu teueren Kauf oder zu wohlfeilen Kauf erlitten haben[1])."

Die dritte Methode will den Kaufpreis herabmindern um die Differenz zwischen diesem und derjenigen Summe, welche zu dem Kaufpreis in dem Verhältnis steht, wie der Wert der fehlerhaften Sache zum Wert der fehlerfreien. Daraus nun, daß einerseits nur die drei genannten Berechnungsmethoden bei der Minderung existieren, und daß andererseits, wie wir uns zu zeigen bemüht haben, die beiden behandelten sogen. absoluten Methoden zu „Ungereimtheiten[2])" führen, ergibt sich schon, daß diese dritte sogen. relative Art für den Kauf die allein richtige und zutreffende ist. Ihr haben sich denn auch die Wissenschaft und die „bessere" (Bähr, S. 70) Praxis angeschlossen, und sie kann als die herrschende angesprochen werden. Genannt seien von ihren Anhängern Hoffmann[3]), Zaun[4]), Gruchot[5]), Bähr[6]), Hellweg[7]), Hanausek[8]), Koch[9]), Fischer[10]), Förster-Eccius[11]), Coste[12]), Dernburg[13]), Windscheid-

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp, aaO. S. 688 Anm. 1.

[2]) Vgl. Bähr, Berechnung aaO. S. 69.

[3]) Hoffmann, Über die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen usw. im Arch. f. prakt. Rechtswissensch. Bd. IV, 1857, S. 182.

[4]) aaO. S. 88.

[5]) Gruchot, Glossen zum ALR. in den Beitr. zur Erl. des preuß. Rechts, Bd. II, 1858, S. 334.

[6]) Bähr, Berechnung, aaO. S. 69.

[7]) Hellweg, Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 59, 1876, S. 44ff.

[8]) aaO. S. 129.

[9]) Komm. aaO. S. 263.

[10]) Fischer, Lehrb. d. preuß. Priv. Rechts 1887, S. 340.

[11]) aaO. S. 504.

[12]) Coste, Über die Methode der Berechnung des Minderwerts bei der actio quanti minoris, Greifswalder Diss. 1895, S. 24 ff.

[13]) Pr. Pr. R. aaO. S. 383, Anm. 27.

Kipp[1]) und das Reichsoberhandelsgericht[2]) sowie das Reichsgericht[3]).

Diese Theorie führt denn auch in der Tat zu gerechten Ergebnissen und ist im Gegensatz zu den absoluten Methoden unabhängig von dem jeweiligen Verhältnis der in Betracht kommenden Werte. Das praktisch befriedigende Resultat ergibt sich aus den vielen in der Literatur angeführten Beispielen und Tabellen so klar, daß hier nur darauf verwiesen zu werden braucht.

§ 13.

Insbesondere die „relative Berechnungsart" in ihrer Anwendung auf den Tausch.

So ist denn auch die relative Berechnungsart die einzige, die man in Theorie und Praxis auf die Minderung beim Tausch — wenigstens im Prinzip — angewendet hat, weshalb auch sie nur — für den Tausch — einer kritischen Würdigung unterzogen sein mag. Denn lediglich auf eine solche können unsere Ausführungen zielen, da wir ja, wie nochmals betont sei, überhaupt den Standpunkt vertreten, daß sich eine Minderung mit dem Grundcharakter des Tausches nicht verträgt.

Berechnungen finden wir bei Zaun[4]), Bähr[5]), bei Lucas[6]), der sich Bähr vollkommen anschließt, und bei Witte[7]). Das Reichsgericht in seinem schon zitierten Urteil vom 5. März 1880[8]) sagt nur, daß die Anwendung der relativen Rechenart beim Tausch einem begründeten Bedenken nicht unterliegen kann, ohne sich für diesen Fall auf Berechnungen einzulassen. Am eingehendsten

---

[1]) aaO. S. 688, Anm. 1.

[2]) Entsch. d. ROHG. Bd. 15, Nr. 93, Urteil vom 4. I. 1875.

[3]) Urteil des RG. vom 5. III. 1880, in Gruch Beitr. Bd. 24, 1880, Nr. 114 und Urteil vom 25. XI. 1896 in JW. 1897, S. 22, 23.

[4]) aaO. S. 99—103.

[5]) Berechnung, aaO. S. 70 ff.

[6]) aaO. S. 81—87.

[7]) Witte, Der Tausch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipz. Diss. 1907, S. 37—42.

[8]) In Gruch. Beitr., Bd. 24, aaO.

sind die Darlegungen Bährs, weswegen von ihnen ausgegangen sein mag.

Nachdem Bähr an Beispielen gezeigt hat, daß die absoluten Rechnungsweisen, wie es ja in ihrer Natur liegt, auf den Tausch ebenso wie auf den Kauf unanwendbar sind, versucht er nachzuweisen, daß auch die relative Methode ohne weiteres nicht Platz greifen kann. Er setzt den Fall, es seien beide Tauschobjekte fehlerhaft und jedes um die Hälfte weniger wert. Nimmt man an, es wäre ein Pferd gegen einen Ochsen eingetauscht worden, und bezeichnet man den Ochsen als fehlerlos gedacht mit Q, den Wert des fehlerhaften mit q, den Wert des fehlerfreien Pferdes mit P und den des mangelhaften mit p, wobei Q = 20, q = 10, P = 30, p = 15 sein sollen, so müßte nach der dritten Methode der Empfänger des Ochsen ersetzt erhalten:

$$\frac{(Q - q) \cdot P}{Q} = \frac{(20 - 10) \cdot 30}{20} = 15,$$

der Empfänger des Pferdes dagegen

$$\frac{(P - p) \cdot Q}{P} = \frac{(30 - 15) \cdot 20}{30} = 10.$$

Es hätte also ein Teil noch 5 zu empfangen, ein Resultat, das dem natürlichen Rechtsgefühl widerstrebe, da es doch in dem angeführten Beispiel unzweifelhaft erscheine, daß keiner von beiden etwas herauszuzahlen habe.

Ebenso unbefriedigend wird nach Bähr das Resultat, wenn der Wert beider Tauschgegenstände nicht in demselben Verhältnis herabgemindert ist. Unterstellt man nämlich Q = 20, q = 10, P = 30, p = 15, so erhält man für das, was der Empfänger des Ochsen bezw. des Pferdes herausgezahlt erhalten müßte, die Gleichungen:

$$\frac{(Q - q) \cdot P}{Q} = \frac{(20 - 12) \cdot 30}{20} = 12 \text{ und}$$

$$\frac{(P - p) \cdot Q}{P} = \frac{(30 - 15) \cdot 20}{30} = 10.$$

Demnach müßte im Endergebnis der Empfanger des Ochsen, noch etwas — 2 — herausbekommen. „Es würde also gerade das Gegenteil von dem eintreten, was das natürliche Rechtsgefühl als unabweislich hinstellt."

Den Fehler dieser Rechenweise erblickt Bähr darin, daß sie der „relativen Natur der Schätzungswerte eine übertriebene Wirkung beilegt. Daher schlägt er für den Fall, daß die Gegenstände einen verschiedenen Tauschwert haben, vor, „einen einheitlichen Kontraktswert zu konstruieren.“ Denn die Kontrahenten haben durch den Tausch die Tauschobjekte als gleichwertig hingestellt; und dieser „ideale einheitliche Kontraktswert“ müsse der Minderungsklage zu Grunde gelegt werden. Auf zweierlei Weise könne dieser Mittelwert gesucht werden, nämlich entweder, indem man die beiden Zahlen, zu denen der Mittelwert zu finden ist, addiert und ihre Summe durch 2 dividiert, oder indem man die beiden Zahlen multipliziert und aus dem Produkt die Quadratwurzel zieht. Auf die eine Art komme man zum arithmetischen Mittel, d. h. zu der Zahl, die von den beiden gegebenen gleichweit entfernt ist, die andere Art ergäbe das geometrische Mittel, d. h. diejenige Zahl, die so in der Mitte zwischen den beiden gegebenen Größen steht, daß sie im Verhältnis zu der einen um ebenso viel mal kleiner ist, als sie größer ist im Vergleich mit der anderen. Direkt porportional der Differenz der beiden gegebenen Werte wachse auch der Unterschied zwischen den beiden Mitteln. Für die Regelfälle des Tausches, bei denen naturgemäß die gegebenen Werte von einander nicht gar zu sehr abwichen, sei empfehlenswerter das arithmetische Mittel, da es sich leichter berechnen lasse und dabei doch den wirtschaftlichen Anforderungen genüge, was Bähr mit Zahlenbeispielen belegt. Das juristisch allein Richtige sei jedoch das geometrische Mittel, „weil nur in diesem der relativen Natur der Abschätzungen in vollem Maße Rechnung getragen wird“, und es komme überhaupt als einziges in Betracht bei allen den Geschäften, wo die Sachleistung durch eine Geldzugabe ausgeglichen werde, also bei den sogen. gemischten Geschäften. Hier werde, wie sich aus dem den bisherigen Ausführungen zu Grunde liegenden Prinzip ergäbe, die Geldzugabe nicht etwa dem Abschätzungswerte des einen Objekts zugesetzt oder von dem des anderen abgezogen. Sie sei vielmehr nur als ein Zusatz zu dem aus den abgeschätzten Werten zu ziehenden Mittel anzusehen, in der Weise, daß aus den Werten der Tauschgegenstände eine Zahl gefunden werden muß, welche ohne den Zusatz zum Werte des mit der

Zugabe geleisteten Tauschobjekts in demselben Verhältnis stände, wie mit dem Zusatz zum Werte des anderen Tauschgegenstandes.

Die vielen Zahlenbeispiele, mit denen Bähr seine Theorien exemplifiziert, brauchen hier nicht wiedergegeben zu werden. Nur die Schlußformeln seien noch genannt. Das geometrische Mittel für Q ist:

$$m = \frac{\sqrt{4\,Q\,P + M^2} - M}{2},$$

das für P:

$$m = \frac{\sqrt{4\,Q\,P + M^2} + M}{2},$$

wo M die Geldzugabe vorstellt. Setzen wir jetzt den Fall, es wäre Q mit einer Zugabe von M gegen P vertauscht, und es wäre q der verminderte Wert von Q und x die herauszuzahlende Summe, so finden wir, wenden wir die Bährschen Berechnungen an:

$$\frac{Q}{Q - q} = \frac{\frac{\sqrt{4\,Q\,P + M^2} - M}{2}}{x}$$

Es ist also herauszuzahlen:

$$x = \frac{(Q - q)\,\frac{\sqrt{4\,Q\,P + M^2} - M}{2}}{Q}$$

Wäre P fehlerhaft, fänden wir das entsprechende Resultat[1]).

Zaun[2]) weicht von Bähr darin ab, daß er die relative Methode genau ebenso auf den Tausch übertragen wissen will, wie auf den Kauf, und den „idealen einheitlichen Kontraktswert“ nicht konstruiert. Diesen einheitlichen Kontraktswert bekämpft auch Witte[3]) und sucht darzutun, daß, wenn auf beiden Seiten bezüglich der Leistung eine Minderwertigkeit vorliegt, die Berechnung für die Differenz zwischen dem höheren und dem minderen Prozentsatze der Verschlechterung einzutreten habe[4]).

[1]) Diese letzten beiden Folgerungen zieht Bähr nicht mehr.
[2]) Zaun, aaO. S. 100, 101.
[3]) Witte, aaO. S. 39—42.
[4]) Witte, aaO. S. 42.

§ 14.

Der gegenüber diesen Berechnungen hier vertretene Standpunkt und der Nachweis ihrer Fehler.

Alle aufgestellten Rechenexempel auf ihre mathematische Richtigkeit hin zu untersuchen, halten wir nicht für unsere Aufgabe. Woran uns lag, war lediglich, die Grundgedanken aller dieser Berechnungen herauszuschälen, um sie nunmehr in Beziehung zu dem von uns eingenommenen Prinzip zu setzen. Und auch dabei brauchen wir uns in der Hauptsache nur mit Bähr zu beschäftigen, da in seiner Methode die von den anderen aufgestellten fast sämtlich — wenigstens den Grundgedanken nach — enthalten sind.

Der grundlegende Fehler aller Berechnungen beruht m. E. darauf, daß die Leistungen abgeschätzt werden sollen. Schon wiederholt ist darauf hingewiesen, es sei gerade ein wesentliches Element des Tausches, daß sich die Tauschenden über die abgeschätzten, d. h. objektiv wahren Werte, gar nicht klar sind[1]). Vielmehr nehmen sie die Gegenstände nur als gleichwertig hin, d. h. sie erscheinen ihnen unter Hinzurechnung aller jeweiligen Umstände als begehrenswert. Also nur das Motiv in seinem Grunde, das Begehren, ist bei beiden Parteien vorhanden, der Grad des Begehrens kann aber bei jeder ganz verschieden sein. Wenn also Zaun[2]) sagt, es könne beim Tauschvertrag keine andere Absicht der Kontrahenten unterstellt werden, als daß sie gegenseitig den „wahren Wert" der beiderseitigen Leistungen in ihr Vermögen haben bringen wollen, und es sei nur eine natürliche Folge dieser Absicht, wenn man bei der Frage, welche geringere Gegenleistung der eine Kontrahent aufgewendet haben würde, von dem wahren Werte der Gegenleistung ausginge, so heißt das eben das Wesen des Tausches verkennen.

Ist es so schon verfehlt, die Leistungen jede für sich absolut abzuschätzen, so ist es noch weit verkehrter, einen Mittelwert konstruieren zu wollen. Denn, wie schon gezeigt, hat das, was die Parteien als gleichwertig hinnehmen, noch lange keinen ab-

---

[1]) Vgl. auch Bähr, Berechnung, aaO. S. 75; Lucas, aaO. S. 82.

[2]) Zaun, aaO. S. 102.

solut gleichen Wert für sie, die Gleichwertigkeit beruht für sie ausschließlich im Motiv, in dem Habenwollen. Zu welch sonderbaren Ergebnissen dieser „ideale einheitliche Kontraktswert“ führt, macht sich an den Fällen besonders fühlbar, wo die beiden Leistungen — absolut genommen — tatsächlich völlig ungleich sind. Nehmen wir an, es wird eine wertvolle Geige gegen einen alten Ring nur darum eingetauscht, weil den letzteren ein verstorbener Angehöriger getragen hat, wie soll man in einem solchen Falle einen einheitlichen Kontraktswert konstruieren, ohne den Parteiwillen völlig zu mißachten? Unterstellen wir, die Geige wird auf 1000 M., der Ring aber auf 250 M. geschätzt, so ergäbe sich bei Anwendung des arithmetischen Mittels ein einheitlicher Wert von

$$\frac{1000 + 250}{2} = 625 \text{ M},$$

bei Anwendung des geometrischen ein solcher von

$$\sqrt{1000 \cdot 250} = 500 \text{ M}.$$

Die Parteien haben doch aber, sagen Bähr und Lucas selbst, die Objekte als gleichwertig hingenommen[1])!

Das Beispiel spricht, glaube ich, für sich selbst und zeigt, wie man durch derartige Abschätzungen und Berechnungen die Parteiabsicht völlig unberücksichtigt läßt.

Der zweite große Fehler aller Berechnungen einer Minderung beim Tausch besteht in ihrem prinzipiellen Resultat, in der Herauszahlung von Geld seitens eines der Kontrahenten an den andern. Lucas[2]) und Witte[3]) selbst geben zu, daß das Ausgleichen des Minderwertes der Leistung oder Gegenleistung durch Zahlung einer bestimmten Geldsumme in den Tausch ein ihm an sich fremdes Element hineintrage. Gerade und allein beim Tausch

[1]) Durch dieses als gleichwertig Hinnehmen haben sie auch dem Affektionsinteresse, das hier jemand einwenden könnte, Rechnung getragen. Daß sich aber Affektionswert und objektiver Geldwert nicht decken, braucht wohl nicht erst hervorgehoben zu werden.

[2]) aaO. S. 81.

[3]) aaO. S. 34.

geht die Absicht jedes der Tauschenden auf die individuelle Sachleistung, es widerspricht ganz und gar den Intentionen derer, die einen Tauschvertrag mit einander schließen, die fehlerhafte Sache zu behalten und Geld herauszubekommen. So auch Bernhöft[1]) und Seeger[2]). Will ich, um bei dem vorigen Beispiele zu bleiben, eben gerade diesen Ring, so ist mir nicht damit gedient, Geld herauszuerhalten, sollte er mit einem Mangel behaftet sein. —

Der dritte Fehler, speziell der Bährschen Berechnungsmethode, ist ihre große Kompliziertheit. „Man wird ihr vielleicht vorwerfen, daß sie etwas künstlich sei. Wir können aber in der Wissenschaft das Künstliche nicht von uns ablehnen, wenn es nun einmal der Natur des Verhältnisses und der Konsequenz des Gedankens entspricht[3])." Von zwei falschen Gesichtspunkten geht Bähr hier aus. Einmal entsprechen die Berechnungen der „Natur des Verhältnisses" eben gerade nicht, andererseits gilt es nicht, Berechnungen für die Wissenschaft zu schaffen, denn Jurisprudenz ist nicht Mathematik, sondern für die Praxis. Und eine Formel wie

$$x = \frac{(Q - q)\,\frac{\sqrt{4\,Q\,P + M^2} - M}{2}}{Q}$$

ist m. E. praktisch eben unverwendbar. „Die Praxis freilich", legen wir bei Lucas[4]) selbst, „kann solch künstliche und schwerfällige Formen nicht verwenden". Ob aber die Lucassche Formel mit dem arithmetischen Mittel nicht künstlich und nicht schwerfällig ist, sei dahingestellt.

So kommen wir höchstens dazu, die Bährschen Berechnungen mit Bernhöft[5]) als „sehr geistreich erfunden" zu bezeichnen, für die Praxis verwendbar sind sie aber schon um ihrer selbt willen nicht.

Bernhöft, [1]) Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Bekker und Fischers Beitr. zur Erl. und Beurteilung des Entw. eines BGB. für das Dtsch. Reich Heft 12, 1889, S. 30.

[2]) Seeger, Über den Tausch, Rostocker Diss. 1890, S. 25.

[3]) Bähr, Berechnung, aaO. S. 83.

[4]) aaO. S. 87.

[5]) aaO. S. 30.

Wir haben uns somit auch an der Hand der Berechnungen durch Offenlegung ihrer drei großen Fehler zu zeigen bemüht, wie falsch es ist, das Institut der Minderung auf den Tausch zu erstrecken, dem es nun einmal völlig wesensfremd ist.

Zweites Kapitel[1]).

I.

§ 15.

Der Begriff des Tausches im Bürgerlichen Gesetzbuch und die von uns gegebene Begriffsbestimmung.

Im § 515 des BGB. heißt es:

„Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung."

Das BGB. setzt also im Gegensatz zum Code civil Art. 1702, zum österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 1045 und zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen § 1138 den Begriff des Tausches als einen bekannten, gegebenen voraus und hat damit einen m. E. recht bedenklichen Schritt getan. Denn wie sollte man bei diesem Fehlen der Begriffsbestimmung den Begriff anders finden können als durch die historische Entwickelung, und gerade diese hat, wie im vorigen Teil dargetan wurde, gezeigt, wie sehr man in der Beurteilung des Tausches geschwankt hat, und wie unsicher alle Argumente sind, die man für oder wider die eine oder andere Ansicht vorgebracht hat. Eine Entscheidung des Gesetzgebers selbst wäre also sehr wünschenswert[2]), ja fast uner-

[1]) Alles vom Tausch des BGB. im folgenden Gesagte gilt auch vom heutigen sogen. Handelstausch, d. h. demjenigen Tauschvertrag, der seitens der Vertragsschließenden ein Handelsgeschäft ist und dessen Gegenstand auf beiden Seiten Ware oder Wertpapiere sind. Vgl. Staubs Komm. zum HGB., 8. Aufl. Bd. II, 1907, S. 1436, Anm. II zu § 373 HGB.

[2]) Bekker, System und Sprache des Entwurfes eines BGB. in den zit. Beitr. v. Bekker u. Fischer, Heft 2, 1888, S. 48.

läßlich gewesen. Allerdings sagen die Motive[1]): „Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß er nicht auf Leistung eines individuellen Wertes gegen Bezahlung eines (Kauf-) Preises, sondern auf den Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen anderen individuellen Wert gerichtet ist"; aber einmal sind die Motive nichts anderes als die Meinungen einzelner, können also keinen Ersatz für das Gesetz bilden, andererseits „taugt", um mit Bekker[2]) zu sprechen, das, was sie sagen, „auch an sich nicht viel". „Was ist individueller Wert? Ein Wert läßt sich nicht leisten, nur ein Ding, das Wert hat. Und welche Dinge haben individuellen Wert[3])?"

Das Bürgerliche Gesetzbuch drängt uns also zurück in die Geschichte und zwingt uns, ihr die Definition des Tausches zu entnehmen. Und so stehen wir wieder vor der Aufgabe, die wir am Anfang dieser Arbeit zu lösen versucht haben und kommen dazu, die Begriffsbestimmung des Tausches, die wir für das römische und gemeine Recht aus den Quellen abgeleitet haben und auch für das Allgemeine Landrecht anwendbar fanden, unserer Betrachtung für das Bürgerliche Gesetzbuch ebenfalls zu Grunde zu legen[4]). Und wir können dies um so unbedenklicher tun, als zwar die wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen damals und jetzt sich wohl dahin geändert haben, daß der reine Tausch nur noch eine selten vorkommende Ausnahme ist[5]), nicht jedoch die rechtlichen, soweit sie für unser Ziel in Frage kommen. Denn, wie schon einmal hervorgehoben, ist es für die Frage einer Minderung beim Tausch ohne jede Wichtigkeit, welche Stellung im Kontraktssystem dieser Vertrag einnimmt.

Tausch liegt demnach vor, wenn die Kontrahenten Sache gegen Sache hingeben, ohne die Objekte zum Zwecke des wirtschaftlichen Ausgleichs ausdrücklich zahlenmäßig abzuschätzen.

Danach muß zu dem allgemeinen Unterscheidungsmerkmal

---

[1]) Mot. zum Entw. eines BGB. für das Dtsch. Reich, Bd. II, S. 366.

[2]) aaO. S. 48, 49.

[3]) aaO.

[4]) Vgl. auch RG. Urteil vom 4. IV. 05, in Gruch. Beitr. Bd. 50, S. 849.

[5]) Vgl. Treitschke, aaO. S. 3; Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1873, S. 938.

vom Kauf, dem Leisten von Sache gegen Sache, noch das, wie dargetan, gerade für den Tausch typische negative Tatbestandsmoment hinzutreten, nämlich das Nichtveranschlagen der Gegenstände seitens der Parteien in Geld zum Zwecke des wirtschaftlichen Ausgleichs. Man wird dagegen vielleicht mit Bechmann[1]) einwenden, daß ohne Reduktion auf den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes ein Tausch von einigermaßen bedeutenden Objekten nicht leicht vorkommen könne. Darin stimmen auch wir mit Bechmann überein, daß der Begriff des Tausches nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß jede Partei eine Veranschlagung für sich allein vornimmt. Denn das ist schon darin enthalten, daß die Tauschenden die Objekte als gleichwertig — und zwar gleichwertig im Affektionswert, nicht im absoluten, wahren — hinnehmen. Und selbst für den Fall, daß die Kontrahenten in ihrem Innern die Gegenstände zahlenmäßig bewerten, nehme ich noch an, daß ein Tausch vorliegt. Ist es da aber nicht ein Widerspruch, daß wir dort, wo die Parteien die Sachen ausdrücklich schätzen, das Vorliegen eines Tausches verneinen?

Es führt uns diese Frage auf die allgemeinere, wie überhaupt ein Rechtsgeschäft auszulegen sei. Dabei zeigt es sich, daß man heute bei der Auslegung auf einem durchaus realistischen Standpunkt steht. Zu einer ganz neuen Rechtsanschauung und zu einer ganz neuen Art der Auslegung hat man sich nunmehr durchgerungen[2]). Allgemein geht man von dem Grundgedanken aus, die Rechtsgeschäfte nach ihrer Typizität zu beurteilen und so die Verkehrssicherheit überall möglichst zu wahren. Haben also die Parteien Sache gegen Sache gegeben und wirklich nur innerlich die Werte zahlenmäßig geschätzt, so muß doch der Richter dieses Geschäft als Tausch auffassen, da es mit den typischen Voraussetzungen gerade dieses Vertrages sich deckt. „Ist der Tatbestand aufgeklärt, d. h. sind alle die mit den Sinnen wahrnehmbaren Vorgänge festgestellt, so hat der Richter bei dem eigentlichen Fall der Auslegung nach § 157 BGB., wo also weder eine Vereinbarung über die Deutung der vorliegenden Willenserklärung, noch der Kenntnis des Gegners von der Meinung der anderen Partei be-

[1]) aaO. II, 1 S. 172.

[2]) Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911, S. 79.

hauptet ist, nun nicht . . . nach einem inneren, nicht an den Tag gelegten Willen der Parteien zu forschen, auch nicht danach, was sich jede derselben vielleicht bei dem Verhalten innerlich gedacht hat. Die Kenntnis der Bedeutung des Verhaltens ist für die Auslegung gleichgültig. Der Richter sieht bei der Auslegung nichts anderes, als was andere Menschen auch zu sehen imstande sind, also nur die festgestellten Tatsachen, und versucht nicht einen Willen, den die streitenden Parteien bei Setzung des Tatbestandes gehabt haben sollen, und zwar beim Vertrag auch noch einen übereinstimmenden, auf eine rätselhafte Weise herauszuziehen und festzustellen . . ., sondern er setzt anstelle der Parteien zwei verständige Menschen und fragt, wie diese das Verhalten, welches die Willenserklärung bildet, aufgefaßt, gedeutet hätten[1]).“

Haben dagegen die Parteien die Gegenstände vorher ausdrücklich in Geld veranschlagt, so ist sofort der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts, der für die Auslegung von größter Wichtigkeit ist, ein ganz anderer geworden. Denn während der wirtschaftliche Zweck des Tausches gerade auf die ganz spezielle, individuell bestimmte Gegenstandsleistung gerichtet ist, während bei ihm nicht, wie beim Kauf, der Gegenwert einer Ware an sich, sondern der Gegenwert in einer mit Rücksicht auf das individuelle Bedürfnis ausgewählten Sachform erstrebt wird[2]), zeigt jede Partei durch die ausdrückliche zahlenmäßige Abschätzung, daß sie den Gegenstand nur für einen ganz bestimmten Wert will, einen Wert, den sie ebenso durch Geldzahlung gedeckt hätte, wenn nicht gerade die andere Partei auch einen Gegenstand unter denselben Umständen hätte an sich bringen wollen. Und da bei jeder Partei der Wille jetzt nicht mehr allein auf die Sachleistung, sondern auch auf die Wertleistung gerichtet ist, da ferner dieser Wert absolut ausgesprochen ist und mit dem Affektionswert, wie er beim Tausch vorhanden, nichts gemein hat, so ist dieser Vertrag dem Typus Kauf unterzuordnen, und zwar ist er infolge der Gegen-

[1]) Danz, aaO. S. 79.

[2]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Dtsch. Reichs und Preußens, Bd. II, 3. Aufl. 1906, S. 124, 125.

seitigkeit des Parteiwillens ein Doppelkauf mit kompensierten Preisen[1]).

§ 16.

Die Abgrenzung des Tausches vom Doppelkauf in der Literatur.

Die Frage: Tausch oder Doppelkauf ist in der Literatur sehr spärlich behandelt, nur wenige gehen überhaupt auf sie ein. Alle diese aber scheinen, nach dem Sinn ihrer Worte zu schließen, für das Vorhandensein eines Doppelkaufs mit gegeneinander aufgehobenen Kaufpreisen immer einen speziellen Kompensationsvertrag für nötig zu halten[2]). Selbstverständlich können die Parteien einen solchen ausdrücklich schließen, für wesentlich aber halte ich es nicht Denn nur zwei Möglichkeiten sind denkbar, entweder die Vertragsschließenden haben die Gegenstände gleich hoch bewertet, dann ist ein Kompensationsvertrag sicher überflüssig, oder sie haben die Werte verschieden bemessen, so sind wieder zwei Unterfälle auseinander zu halten. Werden trotz der Wertverschiedenheit nur die Gegenstände ohne Geldzugabe zum Ausgleich geleistet, so müssen wir annehmen, daß die Preiskompensation durch eine stillschweigende Schenkung herbeigeführt worden ist, es läge also im ganzen ein „gemischter Vertrag“ (Mischung: Kauf-Schenkung) im Sinne Plancks, Hoenigers vor. Wird dagegen von einer Seite zum Ausgleich Geld gegeben, so haben wir es mit dem schon wiederholt erwähnten „gemischten Geschäft“ zu tun, wo eben durch die Geldzahlung die Kaufpreise nicht zwar kompensiert im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr ausgeglichen sind. — Auf die „gemischten Geschäfte“ wird unten noch einzugehen sein.

§ 17.

Tausch und Doppelkauf in der Rechtsprechung.

Im Gegensatz zur Literatur, die sich mit der Frage Tausch oder Doppelkauf wenig beschäftigt, haben die oberen Gerichte aus

[1]) A. A. Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts, 8. Aufl. 1903, Bd. I, S. 1018, Anm. 7.

[2]) Vgl. z. B. Dernburg, bürg. R. aaO. S. 125 und BGB., Komm. v. Reichsgerichtsräten, Bd. I, S. 399.

Anlaß der Stempelverpflichtungen des öfteren Gelegenheit gehabt, zu der Kontroverse Stellung zu nehmen. Die hauptsächlichsten Entscheidungen sollen hier berücksichtigt werden. Schon bei der Behandlung des Allgemeinen Landrechts haben wir zwei Urteile des Reichsgerichts besprochen, die Leitsätze aussprachen, denen wir uns vollkommen anschließen konnten. Seit der Herrschaft des BGB. aber ist wenigstens das Reichsgericht zu einer Rechtsprechung gelangt, der wir nicht zu folgen vermögen. —

Vorausgeschickt sei, daß, wie schon oben für das römische und gemeine Recht, sowie für das Allgemeine Landrecht hervorgehoben, auch für das heutige bürgerliche Recht der Satz gelten muß: falsa demonstratio non nocet[1]), daß es demnach für den Richter gleichgültig sein muß, welche rechtliche Bezeichnung die Kontrahenten dem Vertrage beigelegt haben; denn die Frage, unter welches Rechtsgeschäft gerade dasjenige im konkreten Falle zu subsumieren ist, richtet sich lediglich nach dem wirtschaftlichen Zweck und damit nach der objektiven Natur des Geschäfts, der Typizität[2]). —

Das Reichsgericht will jedoch die jetzige Rechtsprechung als eine neue Praxis nicht wahr haben, verschanzt sich vielmehr in dem zuletzt zitierten Erkenntnis hinter dem, wie wir bald sehen werden, wenig stichhaltigem Grunde, daß das Urteil des erkennenden Senats vom 26. XI. 1901 (Entsch. Bd. 50, S. 285) mit der Entscheidung nicht in Widerspruch stehe, da dieser ein „anderer Sachstand“ zu Grunde läge[3]). Der Hauptunterschied beim Sachstand der beiden Urteile liegt nun darin, daß nach dem Tatbestand, der dem ersteren zu Grunde lag, beide Grundstücke hypothekarisch belastet waren, im letzteren dagegen nur das eine. Auch das Kammergericht, das sich 1903 und 1905 mit unserer Frage zu beschäftigen hatte, behauptet in dem ersten Beschluß vom 2. XI. 1903, in dem es so entschieden hat wie das Reichsgericht neuerdings[4]), daß ihm ein anderer Tatbestand vorläge als

[1]) Vgl. Komm. d. Reichsgerichtsräte aaO. S. 399. Urteil des Reichsgerichts vom 15. III. 04, in Entsch. Bd. 57, S. 266.

[2]) Vgl. auch Danz, aaO. S. 85.

[3]) aaO. S. 267.

[4]) Rspr. d. OLG. Bd. 9, S. 192.

dem Reichsgerichtsurteil vom 26. XI. 1901. Fragt man sich aber, worin hier der Unterschied besteht, so wird man ihn höchstens im Zahlenverhältnis entdecken können, also in einem Zufall, der auf die Rechtsnatur eines Geschäfts keinen Einfluß hat.

In allen Entscheidungen der genannten Gerichte handelt es sich prinzipiell darum, daß die Parteien hypothekarisch belastete, zahlenmäßig abgeschätzte Grundstücke austauschen, die Hypotheken übernehmen und eine etwaige Wertdifferenz zwischen beiden Leistungen durch Geldzahlung austauschen. Ob nun in einem Falle nur ein Grundstück mit Hypotheken belastet ist, oder in welchem Verhältnis die Zahlen stehen, ist m. E. für die Einordnung eines solchen Geschäfts unter einen bestimmten Typus gleichgültig. Das Reichsgericht im Urteil vom 15. III. 1904[1]), also in dem Fall, wo nur das eine Grundstück belastet ist, führt aus, es stände auf der einen Seite ein mit Hypotheken belastetet, auf der andern ein schuldenfreies Grundstück. Das letztere solle unmittelbar die Gegenleistung für die Hingabe des andern Grundstücks darstellen, soweit dieses Grundstück nicht belastet sei. In Höhe von 260000 M. ständen beide Grundstücke unbelastet einander gegenüber, und insoweit fände ein direkter Austausch der Werte statt, und der Überschuß auf der einen Seite stelle sich nur als Ausgleich der der verschiedenen Werte, nicht als selbständige Gegenleistung bezüglich des wertvolleren Grundstücks dar.

Die Schwäche dieser Begründung liegt m. E. schon in dem „insoweit". Soll ein Tausch vorliegen, so darf dieser direkte Ausgleich sich nicht nur auf einen Teil der Leistungen beziehen, sondern jede Leistung für sich muß zur andern im unmittelbaren Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, denn, wie auch das Kammergericht[2]) ausführt, ist für den Tausch gerade dieses Verhältnis der beiden Sachleistungen charakteristisch. Wie aber das Reichsgericht sagen kann, daß sich der Überschuß auf der einen Seite – 177000 M. nicht als selbständiger Gegenwert bezüglich des wertvolleren Grundstückes darstelle, ist nicht einzusehen. So sind denn schon nach den Voraussetzungen, die sowohl

[1]) aaO. S. 266.
[2]) aaO. IX, 190.

das Reichs- wie das Kammergericht für den Tausch aufstellen, die den besprochenen Entscheidungen zu Grunde liegenden Sachstände als Tauschverträge aufzufassen. Und auch das Kammergericht selbst spricht im Beschluß vom 5. X. 1905[1]), dem ein prinzipiell gleicher Tatbestand zu Grunde lag wie dem Reichsgerichtsurteil vom 15. III. 1904, aus, daß der Vertrag sich als eine Kombination von zwei gleichzeitig abgeschlossenen und mit einander in Beziehung gesetzten Kaufverträgen darstelle[2]).

Dies der Stand der Rechtsprechung. Es erübrigt sich wohl zu sagen, daß wir auf Grund unserer Definition des Tausches für alle die hier behandelten Verträge das Vorliegen eines Tausches ablehnen müssen, da es sich überall um eine bewußte wirtschaftliche Ausgleichung handelt.

§ 18.

Die „gemischten Geschäfte".

In den vorangegangenen Ausführungen ist eigentlich schon zu den sogen. „gemischten Geschäften" Stellung genommen worden, d. h. zu den Geschäften, wo von der einen oder anderen Seite zur Sachleistung noch eine Geldzahlung hinzutritt.

Auch in der Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden wir die Meinung vertreten, es komme darauf an, ob die Sache den hauptsächlichsten Gegenwert bilde und das Geld nur zur Ausgleichung zugeschossen sei oder nicht. Im ersteren Falle sei Tausch, sonst Kauf vorhanden[3]).

Was unseren Standpunkt zu diesen Geschäften betrifft, so können wir ebenfalls für das Bürgerliche Gesetzbuch auf unsere Ausführungen bei Gelegenheit des römischen-gemeinen Rechts und des Allgemeinen Landrechts verweisen. Hervorgehoben sei nur nochmals, daß für uns derartige Geschäfte als Tausch niemals denkbar sind.

So haben wir versucht, auch für unser heutiges Recht den

---

[1]) Rspr. d. OLG., Bd. 13, S. 289.

[2]) Vgl. auch Urteil des RG. vom 4. IX. 1905 bei Gruch. 50, 848, 849.

[3]) So z. B. Dernburg, bürg. R. aaO. S. 125; Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Dtsch. Reich, 2. Aufl. 1903, Bd. II, S. 422; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II. 1907, 3. Aufl. S. 420.

Begriff des Tausches unter Berücksichtigung aller hauptsächlich möglichen Tatumstände zu umschreiben, und können uns nunmehr der Frage der Minderung beim Tausche des BGB. zuwenden.

II.

§ 19.

Die „entsprechende Anwendung" der Vorschriften des Kaufes auf den Tausch.

„Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Tausch entsprechende Anwendung", so BGB. § 515. Der I. Entwurf suchte diese „entsprechende Anwendung" dadurch zu verdeutlichen, daß er im § 502 Satz 2 sagte: „Jeder der Vertragschließenden ist in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer und in Ansehung der ihm zugesicherten Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen." Diesen Satz strich die zweite Kommission als überflüssig, da er einen materiellen Rechtssatz nicht enthalte; sachlich jedoch billigte sie ihn[1]). Auch die Motive[2]) äußern sich zu § 502 des I. Entwurfs, es herrsche Einverständnis, daß, von Einzelheiten abgesehen, auf den Tauschvertrag die Vorschriften über den Kaufvertrag in dem Sinne entsprechende Anwendung fänden, daß jeder der Vertragschließenden in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer, in Ansehung der ihm versprochenen Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen sei.

Von vornherein abzulehnen ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes die Meinung Schollmeyers[3]), daß der Tauschvertrag „durchweg" den Grundsätzen des Kaufvertrages unterstände, und diejenige Kohlers[4]), daß Kauf und Tausch „gleich" behandelt werden. Nicht „durchweg", sondern „entsprechend" sagt das Bürgerliche

[1]) Prot. d. Kommission für die zweite Lesung des Entw. d. BGB., 1897, Bd. II, S. 367.

[2]) aaO. S. 367.

[3]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl. 1904, S. 15.

[4]) Kohler, Lehrb. d. bürg. Rechts, 1906, Bd. II, S. 294.

Gesetzbuch. Wie dieses „entsprechend“ aufzufassen sei, darüber belehrt uns Staudinger[1]), es müsse diese übertragende Anwendung nach zwei Seiten „entsprechen“, nämlich nicht bloß mit den Bestimmungen über den Kauf verträglich, sondern ferner mit dem Begriff und der Rechtsnatur des Tausches theoretisch wie praktisch vereinbarlich sein. Es ist also ganz unmöglich, den Tausch in allen Punkten als Kauf zu behandeln, was der Wortlaut des § 515 BGB. auch nicht verlangt[2]), vielmehr bedürfen manche Normen des Kaufes erst einer „sinngemäßen Umgestaltung“[3]).

§ 20.

Insbesondere die Minderung.

Was speziell die Frage der Minderung betrifft, so müssen wir auch für das heutige Recht ihre Anwendbarkeit auf den Tausch im Gegensatz zur bei weitem größeren Hälfte der Literatur und zur Rechtsprechung als nicht der Rechtsnatur und dem Wesen des Tausches „entsprechend“ verneinen. Selbst von denen, die zur herrschenden Meinung, zur „mindernden Richtung“, wie sie der Kürze halber immer genannt sein mag, gehören, wird zum Teil anerkannt, daß die „entsprechende Anwendung“ beim Anspruch auf Minderung wegen Mängel einer der vertauschten Sachen erhebliche Schwierigkeiten machen kann; so Crome[4]) und Dernburg[5]) und, in der Tat, nicht nur schwierig ist sie, sondern u. E. sogar nicht einmal möglich. Für das „Warum“ können wir größtenteils auf unsere früheren Ausführungeu verweisen. Auch heute ist die Minderung Herabsetzung des Kaufpreises (vgl. § 472 BGB), und der Begriff des Tausches hat sich, wie gezeigt, ebenfalls nicht geändert. Da nun, wie gezeigt, beim Tausch als dem Leisten von Sache gegen Sache ein Preis nicht besteht, so sind alle Regeln, die auf die Zahlung des Kaufpreises als solchen Bezug haben, un-

[1]) Staudinger, Komm. zum BGB., Bd. II, 5./6. Aufl. 1910, S. 736.

[2]) Vgl. Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, S. 79 und Krückmann, Institutionen des BGB. 1898, S. 181.

[3]) Hoeniger, aaO. S. 74.

[4]) Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. II, 1902, S. 501, Anm. 5.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht aaO. S. 125, Anm. 7.

anwendbar, also auch das Preisminderungsrecht; so auch Cosack[1]), Müller-Meikel[2]), Kuhlenbeck[3]), Bernhöft[4])[5])[6]).

§ 21.

Die Argumente der „mindernden Richtung".

Diejenigen, die eine Minderung beim Tausch zulassen, folgern diese Zulässigkeit aus § 473 BGB.: „Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten"[7]). Auch das Reichsgericht[8]) stützt seine Entscheidungen auf die zitierte Gesetzesvorschrift.

---

[1]) Cosack, Lehrb. d. dtsch. bürgerl. Rechts, 5. Aufl. 1910, Bd. I, S. 550.

[2]) Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, 2. Aufl. 1904, Bd. I, S. 419.

[3]) Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch, aaO. Bd. I, S. 422. Derselbe, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil, 1899, S. 271.

[4]) aaO. S. 30.

[5]) Dieser Ansicht scheinbar auch Leonhard-Eck, (Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Aufl. 1903, Bd. I, S. 468, Anm. 3), der die auf die Geldnatur des Preises zugeschnittene Vorschriften über die Haftung des Käufers beim Tausche für gänzlich unanwendbar erklärt.

[6]) Der Komm. d. Reichsgerichtsräte scheint sich zu widersprechen, indem er zu § 515 (aaO. S. 399) sagt: „Unanwendbar werden alle Vorschriften sein, die den Kaufpreis betreffen", bei § 473 dagegen (S. 374/75) von der Minderung beim Tausch spricht.

[7]) So Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. 1898, S. 121; Matthiass, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 1899, Bd. I, S. 470; Crome aaO. S. 501; Endemann, aaO. S. 1018 Anm. 11; Planck, aaO. S. 383; Neumann, Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1909, S. 398; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1910, S. 454; Staudinger, aaO. S. 668; Lucas, aaO. S. 102; Witte, aaO. S. 35; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900, S. 176/77.

[8]) ERG. Bd. 72, S. 301, 302; Urteil vom 3. XII. 1909; ebenda Bd. 73, S. 153, Urteil vom 12. III. 1910.

Ebenso nun, wie man den § 473 beim Kaufe nicht nur anwendet, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise nicht vertretbare Sachen geleistet werden, sondern im Gegenteil „kein Bedenken“ vorhanden ist, diese Vorschrift auch dann entsprechend zu gebrauchen, wenn die Gegenleistung lediglich solche nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande hat[1]), so wird sie in der angegebenen Literatur und Praxis auch beim Tausch nicht nur für den Fall benutzt, wo neben nicht vertretbaren Sachen Geld gegeben wird, also bei „gemischten Geschäften“, — bei denen ja u. E. überhaupt kein Tausch vorliegt — sondern auch in den Fällen des reinen Tausches, wo nur Sache gegen Sache geleistet wird[2]).

Aus § 473 BGB. also schließt man die prinzipielle Zulassung der Minderung beim Tausch, diese selbst nimmt man dann gemäß § 472 BGB. vor: Es muß derjenige, der eine fehlerhafte Sache als Tauschobjekt gegen eine fehlerfreie Sache hingegeben hat, dem minderungsberechtigten anderen Teil denjenigen Betrag zahlen, welcher sich ergibt, wenn man den Wert, welchen die fehlerfreie Sache zur Zeit des Tausches gehabt, im Verhältnisse des Wertes der fehlerhaften Sache ohne den Fehler zum Werte derselben Sache mit dem Fehler zu der gleichen Zeit herabsetzt[3]).

Man wendet folglich heute wieder die sogen. relative Methode an, die schon im gemeinen Recht und im Allgemeinen Landrecht, wie oben dargelegt, die herrschende war. Es liegt auf der Hand, daß sich gegen diese Berechnungen dieselben Bedenken erheben lassen, wie sie hier im Anschluß an die Berechnungen des gemeinen Rechts und des Allgemeinen Landrechts geäußert wurden, Bedenken, die in der zweiten Kommission selbst nicht unbeachtet geblieben sind: „Gegen die Aufnahme der Vorschrift (heute § 473) war geltend gemacht, daß sie, soweit sie sich auf die in den (heutigen) §§ 471, 472 bezeichneten Fälle beziehe, selbstverständlich sei, daß sie aber gerade wegen der beabsichtigten Ausdehnung

---

[1]) Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das Deutsche Reich 1900, S. 136; Kisch, aaO. S. 176; Planck, aaO. S. 145.

[2]) Vgl. Kisch, aaO.; Planck, aaO.

[3]) Prot. Bd. I, S. 697.

auf andere gegenseitige Verträge bedenklich erscheine. Insbesondere in der Anwendung auf den Tausch werde die Minderung stets als ein künstliches und unpraktikables Institut sich erweisen, das überdies den Gegner ungebührlich belaste. Die Frage bleibe besser der Rechtsprechung überlassen, zumal auch das preußische Recht sie nicht in einer ausdrücklichen Bestimmung entscheide[1].“ —

§ 22.

Ihre Widerlegung.

Unsere Ansicht betreffend die begriffliche Zulassung der Minderung haben wir ausgesprochen, und betreffend der Bedenken, die wir gegen die Berechnung haben, können wir, wie hervorgehoben, auf das zu den Berechnungen von Bähr Gesagte verweisen. Einem weiteren Bedenken speziell für das Bürgerliche Gesetzbuch soll noch Ausdruck verliehen werden.

Die Berechnungsart nach §§ 473, 472 scheint, sieht man von allen prinzipiellen Einwendungen ab, für den Fall zu rechnerisch und logisch richtigen Resultaten zu führen, wenn nur ein Teil minderungsberechtigt ist[2]. Wie aber gestaltet sich die Berechnung bei der „eigenartigen Rechtslage eines wechselseitigen Minderungsanspruchs[3]?“ Würde man in entsprechender Anwendung des § 473 hier zweimal mindern, so käme man zu recht sonderbaren Ergebnissen. Denkt man sich z. B., es wäre jeder der beiden Gegenstände um die Hälfte weniger wert geworden, so käme man, wie schon von Bähr gezeigt wurde, zu dem merkwürdigen Schluß, daß der eine dem anderen noch etwas herauszuzahlen hätte[4], weil eben die beiden Tauschgegenstände, die die Parteien als gleichwertig hingenommen, objektiv verschiedene Werte haben[5][6]. Aber

[1] Prot. aaO.

[2] Ebenso Hoeniger, aaO. S. 80.

[3] Vgl. Endemann, aaO. S. 1018.

[4] Vgl. oben S. 24.

[5] Hoeniger, aaO.

[6] Der Einwurf Wittes (aaO. S. 41): „Liegt aber auf beiden Seiten ein gleich großer Prozentsatz von Minderwert vor, so bedürfen wir einer derartigen mathematischen Operation gar nicht; denn daß dann keine Partei

auch für die Fälle, wo der Wert der Tauschgegenstände nicht in demselben Verhältnis herabgemindert ist, ergeben sich unter Umständen, wie Bähr ebenfalls bewiesen hat, falsche Resultate, und es tritt oft gerade das Gegenteil von dem ein, was das natürliche Rechtsgefühl als unabweislich hinstellt[1]).

Ein Ausweg aus diesen Schwierigkeiten läßt sich nicht ersehen, denn der von Bähr für das gemeine und preußische Recht vorgeschlagene „ideale einheitliche Kontraktswert“ ist, wie gezeigt[2]), einerseits falsch, andererseits fände er im heutigen Recht absolut keine gesetzliche Stütze, da er aus den §§ 473, 472 BGB., die doch „den richtigen Weg zeigen[3])“ und die Berechnung der Minderung beim Tausch regeln sollen, nicht herauszulesen ist und sich sonstige Vorschriften im Gesetz, welche in Betracht kommen könnten, nicht finden[4]).

Lucas selbst, ein Anhänger der „mindernden Richtung“, bekennt: „Diese Art der Berechnung mag der Bedeutung der Nebenleistungen beim Kauf entsprechen und aus praktischen Rücksichten auch beim Tausch eine gewisse (!) Berechtigung besitzen. Prinzipiell verlieren die von Bähr dagegen erhobenen Bedenken weder an ihrem Gewicht noch an ihrer Bedeutung[5]).

Wir nun gehen noch einen Schritt weiter wie Lucas. Eine Berechnung, die nur in gewissen Fällen eine gewisse Berechtigung besitzt, oft aber zu falschen Resultaten führen kann und muß, ist prinzipiell falsch und unbrauchbar. Mit dieser Erkenntnis muß u. E. das Gebäude der „mindernden Richtung“, die es auf §§ 473, 472 stützt, in sich zusammensinken.

---

von der anderen Seite einen Betrag erstattet verlangen kann, versteht sich von selbst,“ bedarf wohl keiner juristischen Widerlegung.

[1]) Vgl. oben S. 24.

[2]) Vgl. oben S. 25 f.

[3]) Prot. S. 696.

[4]) Sonderbar ist es übrigens, daß Bähr in seinem „Gegenentwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich“ (1892 S. 79, 100) es scheinbar für unnötig fand, die von ihm selbst in seinen Berechnungen erwähnten Schwierigkeiten auch nur mit einem Worte anzudeuten, wenn auch in dem Gegenentwurf eine dem § 473 BGB. entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen ist; vgl. auch Lucas, S. 95, Anm. 3.

[5]) Lucas, aaO. S. 102.

Nach dem Ausgeführten erscheint es überflüssig, näher auf die beiden zitierten Urteile des Reichsgerichts (Bd. 72 und 73) einzugehen, in denen das Reichsgericht in zwei Fällen, die es als Tausch anspricht, auf Grund §§ 473, 472 BGB. Minderungsberechnungen aufstellt. Wir von unserem Standpunkt aus halten die vorliegenden Tatbestände, da in beiden bares Geld zugezahlt wird, überhaupt nicht für Tausch-, sondern für Kaufverträge. Die Richtigkeit der Berechnungen aber für den Fall nachzuprüfen, wenn Kaufverträge vorliegen, fällt außerhalb unserer Aufgabe.

§ 23.

Einschränkung des hier vertretenen Standpunktes.

Der § 473 BGB. spricht nur von „nicht vertretbaren" Sachen. Beim Kauf ist es herrschende Ansicht, daß „vertretbare" Sachen wie Geld gemindert werden[1]). Wie nun, wenn „vertretbare" Sachen getauscht werden? Und hierfür, aber auch nur hierfür, sei an die „mindernde Richtung" ein Zugeständnis gemacht. Sind die Sachen vertretbar und trifft der Minderungswert rechnerisch mit dem Wert der einzelnen Sachen zusammen, sind also der Minderungswert und die einzelnen Sachen durch dieselbe Einheit teilbar, d. h. ist die einzelne Sache gleich einer solchen Einheit, ein Fall, der äußerst selten sein wird, so geben wir zu, daß hier zwar keine Minderung im eigentlichen Sinne, denn diese ist Herabsetzung des Kaufpreises, wohl aber ein „entsprechendes" (vgl. § 515 BGB.) Institut denkbar ist. Nochmals aber betonen wir, daß eine Herauszahlung in Geld völlig ausgeschlossen ist.

§ 24.

Zwei weitere Argumente gegen die Zulässigkeit der Minderung.

Zum Schluß seien noch zwei allgemeine Argumente für die Unzulässigkeit einer Minderung beim Tausch gebracht; das erste ergibt sich aus den Vorschriften über den Kauf, das andere aus dem Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

[1]) Vgl. Kleineidam, aaO. S. 137; Kisch, aaO. S. 176; Planck, aaO. S. 382.

Setzen wir den Fall, es wird ein Schaf gegen eine Ziege eingetauscht. Das Schaf gehört nach BGB. § 481 zum „privilegierten“ Vieh, die Ziege dagegen nicht; oder es wird „privilegiertes“ Vieh gegen irgend einen anderen Gegenstand vertauscht. Nach BGB. § 487 ist bei „privilegiertem“ Vieh die Minderung unstatthaft. Es ergäbe sich also der eigenartige Fall, daß der eine Kontrahent sowohl wandeln als mindern könnte, der andere dagegen nur wandeln[1]).

Wie verhält sich nun die hieraus entstehende Rechtslage zu der „Gleichartigkeit“ der aus dem Tauschvertrage sich ergebenden Verpflichtungen beider Vertragsteile[2])“?

Zu einer solchen Konsequenz gelangt man eben, wenn man sich für eine Minderung beim Tausch ausspricht, und das Tauschen von Vieh macht einen großen, wenn nicht den größten Teil der heute noch vorkommenden Tauschgeschäfte aus! —

Das zweite Argument ergibt sich, wie schon gesagt, aus dem Grundgedanken, der dem Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Grunde liegt.

Während das römische Recht an dem Satz festhielt ea . . . in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt[3]), während man im gemeinen Recht die Rechtsschutzwürdigkeit einer Obligation nach überwiegender Ansicht vom Vorhandensein eines Geldwertes abhängig machte[4]), während das Allgemeine Landrecht diesen Grundsatz zum Gesetz erhob (I, 11 § 872), so ist es im heutigen Recht die bei weitem herrschende Ansicht, daß das Schuldverhältnis prinzipiell keinen Geld- oder Vermögenswert zu

[1]) Vertragsmäßig können die Parteien allerdings auch beim Kauf von „privilegiertem“ Vieh Minderung ausmachen; vgl. Stölzle, Viehkauf nach dem BGB. unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, 4. Aufl. 1909, S. 187.

[2]) ERG. Bd. 70, S. 199, Urteil vom 19. I. 1909.

[3]) D. 40, 7, 9, 2; vgl. Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 1892, Bd. III, 1 S. 190–192.

[4]) Vgl. z. B. Dernburg, Pand. S. 50, 51; Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines BGB. für das Deutsche Reich, 1. Abschn, Tit. 1—3 im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73, 1888, S. 171; Hellwig, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, ebenda, Bd. 86, 1896, S. 223 ff. u. a.

A. A. Jhering, Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn, in der Jahrb.

haben braucht[1]), ein Grundsatz, der schon klar in den Vorarbeiten zum BGB. zum Ausdruck gekommen ist[2]). Es kann nun auf diese Dinge im Rahmen unserer Arbeit nicht näher als geschehen eingegangen werden; worauf es uns ankommt, ist zu zeigen, daß sich heute ein Tausch denken läßt von Sachen, die keinen Vermögenswert haben. Und auch diese Art des Tausches wird nicht selten sein, man denke zum Beispiel an das Austauschen von Dingen, die lediglich Affektionsinteresse haben. Wie soll da eine Minderung stattfinden, wie soll da der Wert der Sache in fehlerfreiem Zustande geschätzt werden, wie soll es da zu einer Herauszahlung in Geld kommen? —

---

für die Dogm. Bd. 18, 1880, S. 41 ff.; Windscheid-Kipp, aaO. S. 3 und 4 u. a.

[1]) Vgl. mehr oder minder übereinstimmend: Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 1—7: Kohler, Das Obligationsinteresse, im Arch. f. bürg. Recht Bd. 12, 1897, S. 1 ff.; Leonhard, Der Allgemeine Teil des BGB., 1900, S. 198 ff.; Crome, aaO. S. 18: Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Rechte, im Arch. für die ziv. Praxis, Bd. 12, 1902, S. 45 ff.; Planck, aaO. S. 5 und 6; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1909, S. 147, Anm. 4: Cosack, aaO. S. 356; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. und 5. Aufl., 1910, S. 4; Staudinger, aaO. S. 8—10 u. a. — A. A.: Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 54, 55; Endemann, aaO. S. 626, 627; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 94; Dernburg, Bürg. Recht Bd. II, 1, 4. Aufl. 1909, bearb. von Engelmann, S. 218—220; Oertmann, aaO. S. 13.

[2]) Mot. II, S. 5, 21, 22; Prot. Bd. I, S. 280, 620.

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I, 1882.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., besorgt von Pfaff und Hofmann. 1886.

Bähr: Über die Berechnung des Minderwerts bei Mängeln ertauschter Sachen im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. VII. 1860.

„ Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.

„ Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1892.

Baron: Pandekten. 2. Aufl. 1876.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876—1908.

Bekker: System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, in Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB. für das Deutsche Reich. Heft 2. 1888.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. ebenda Heft 12. 1889.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1873.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1882.

Brissonius: De verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione. 1743.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910. Bd. I.

Coste: Über die Methode der Berechnung des Minderwerts bei der actio quanti minoris, Greifswalder Diss. 1895.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. II.

Dankwardt: Nationalökonomie und Jurisprudenz. Heft 4. 1859.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Dernburg: Pandekten. 1. Aufl., 1886. 7. Aufl., 1903. Bd. II.

„ Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl. 1897. Bd. II.

„ Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. II,1, 4. Aufl., 1909, bearbeitet von Engelmann. II,2, 3. Aufl., 1906.

v. Dewitz: Über die Berechnung des Minderwerts bei der actio quanti minoris, Marburger Diss. 1890.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903. Bd. I.

Ennecerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Schuldverhältnisse. 4. u. 5. Aufl. 1910.

Fein: Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. 1850.
Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrecht. 1887.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.
Förster-Eccius; Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.
Gans: System des römischen Zivilrechts. 1827.
Gareis: Das Kaufgeschäft, in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. II. 1882.
Gerber: System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. 1895. Bearb. von Cosack.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten 1814, 1816. XVIII,1; XX,1.
Gruchot: Glossen zum Allgemeinen Landrecht, in den Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis. Bd. II. 1858.
Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht. 1883. 1. Abt.
Hellweg: Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris, im Archiv für ziv. Praxis. Bd. 59. 1876.
Hellwig: Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. ebenda Bd. 86. 1896.
„ Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, erschienen 1910.
Hoffmann: Über die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen usw. im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. IV. 1857.
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, besorgt von Kuntze. Bd. III. 1864.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.
Hufeland: Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Zivilrechts. 1808. Bd. I.
Jhering: Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 18. 1880.
Jörs: Domitius Ulpianus in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft. 1903.
Keller: Pandekten, Vorlesungen. 2. Aufl., besorgt von Lewis, 1867. Bd. II.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.
Koch: Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte. 1843. Bd. III.
„ Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Komm. 8. Aufl. 1884. Bd. I.
Kohler: Das Obligationsinteresse im Arch. für bürgerliches Recht. Bd. XII. 1897.
„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906. Bd. II.

Kraushaar: Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris, in den Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen. Bd. IX. 1862.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. 1899.

„ Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1903. Bd. I.

Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Abschn., Tit. 1—3, im Archiv f. ziv. Praxis. Bd. 73. 1888.

Leist: Ueber die Natur gewisser doppelseitiger Verträge in der Giessener Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 17. 1842.

„ Manzipation und Eigentumstradition. 1865.

Leonhard: Institutionen des römischen Rechts. 1894.

„ Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Leonhard-Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl. 1903. Bd. I.

Lucas: Über den Tausch. Freiburger Diss. 1899.

Mackeldey: Lehrbuch des römischen Rechts. 14. Ausg., besorgt von Fritz. Bd. I. 1862.

Marezoll: Beiträge zu der Lehre vom Kauf- und Tauschkontrakte, in der zit. Giessener Zeitschrift. Bd. I. 1828.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1899.

Meissner: Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar. 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. 1888.

Müller u. Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1904. Bd. I.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1909. Bd. I.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Pernice: Ulpian als Schriftsteller, in den Sitzungsberichten der königl. preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin. 1885.

Pernice: Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. 1892. Bd. III,1.

v. der Pfordten: Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. 1840.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897. Bd. I u. II.

Puchta: Pandekten, besorgt von Rudorff. 11. Aufl. 1872.

Von Reichsgerichtsräten Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I.

Schmitthenner: Über Verträge, insbesondere das Reuerecht, nach römischen und deutschen Grundsätzen. 1831.

Schoemann: Lehre vom Schadensersatze. 1806.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1904.
Seeger: Ueber den Tausch. Rostocker Diss. 1890.
J. A. Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. 2. Aufl. 1848. Bd. III.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. 1868. Bd. II.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Bd. II. 1907.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 5/6. Aufl. 1910.
Stölzle: Viehkauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts. 4. Aufl. 1909.
Thibaut: System des Pandektenrechts. 5. Ausg. 1818. Bd. I.
Treitschke: Der Kaufkontrakt. 2. Aufl, bearb. von Wengler. 1865.
Ubbelohde: Zur Geschichte der benannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben Spezies. 1870.
Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 1840. Bd. II.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1869. Bd. III.
Wächter: Pandekten. 1881. Bd. II.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, im Arch. für die ziv. Praxis. Bd. XII. 1902.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906. Bd. II.
Witte: Der Tausch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipz. Diss. 1907.
Zaun: Beiträge zu der Lehre von den ädilitischen Klagen, in den zit. Kurhess. Ann. Bd. IV. 1857.

Entscheidung des OAG. Rostock vom 27. X. 1856, in Seuff. Arch. für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 17.
„ des Obertribunals zu Stuttgart v. 4. XII. 1867, ebenda Bd. XXII.
Entscheidungen des kgl. Obertribuuals. Bd. 69. S. 53.
Entscheidung des kgl. Obertribunals vom 2. V. 1871, in Striethorst Arch. für Rechtsfälle. Bd. 82.
Entscheidung des ROHG. Urteil vom 26. IV. 1872. Bd. V, vom 4. I. 1875. Bd. 15.
Urteil des Reichsgerichts vom 26. IX, 1901, in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 50.

Urteil des RG. vom 15. III. 04, ebenda Bd. 57.
„ des RG. vom 19. I. 09, ebenda Bd. 70.
„ des RG. vom 3. XII. 09, ebenda Bd. 72.
„ des RG. vom 12. III. 1910, ebenda Bd. 73.
„ des RG. vom 5. III. 1880, in Gruch. Beitr. Bd. 24.
„ des RG. vom 4. IV. 05, in Gruch. Beitr. Bd. 50.
„ des RG. vom 25. XI. 1896 in JW. Jahrg. 1897.
„ des RG. vom 30. XI. 1896, ebenda Jahrg. 1897.
„ des RG. vom 11. IV. 01, ebenda Jahrg. 1901.
Beschluß des Kammergerichts vom 2. XI. 1903 in Rspr. d. OLG. Bd. IX.
„ des KG. vom 5. X. 1905, ebenda Bd. 13.

A. Favorke, Breslau II.

Lebenslauf.

Am 6. Mai 1890 bin ich, Martin Bernstein, als Sohn des Kaufmanns Leo Bernstein und seiner Ehefrau Ida geb. Friedlaender in Breslau geboren. Ich bin Preuße und jüdischer Religion. Ich besuchte das Kgl. König-Wilhelms-Gymnasium in Breslau, welches ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg und Breslau. Am 24. Juli 1911 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 28. September 1911 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 7. August 1911 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Winzig im Vorbereitungsdienst beschäftigt.